Baumeister

# Blicke

auf

# einzelne Gegenstände

des

# Hamburgischen Rechts.

Von

H. Baumeister.

Hamburg, 1852.
Perthes-Besser & Mauke.

# Vorwort.

Literarische Leistungen über das Hamburgische Recht wurden in neuerer Zeit vorbereitet und gefördert durch die Bearbeitung seiner wichtigsten Quellen, insbesondere durch das Erscheinen der Rechtsalterthümer, die neue Ausgabe des Stadtrechts von 1603, und durch die, in ihrer zweckmäßigen Anordnung nicht minder verdienstliche, Sammlung der Erkenntnisse des Oberappellations-Gerichts. Nirgend sind unseres Wissens solche Vorarbeiten sorgfältiger und mit größerem Erfolge benutzt worden, als in den lehrreichen Vorträgen über merkwürdige Erscheinungen in der Hamburgischen Rechtsgeschichte von C. Trummer. Auch der Mangel an systematischen Darstellungen des topischen Rechts scheint weniger empfunden zu werden, seitdem der von Gries angelegte Commentar zum Stadtrecht die ihm gebührende Verbreitung und Autorität erlangt hat, wenngleich der verdienstvolle Herausgeber dieses Werkes die Brauchbarkeit einer neuen Auflage durch Nachträge und Berichtigungen im Einzelnen noch erheblich zu vermehren wissen dürfte.

Dem Verfasser der vorliegenden Schrift hat die letzte Zeit zur Ausführung eines zufällig entstandenen Gedankens Neigung wie Muße vergönnt. Jedoch sollte

durch diesen Beitrag eines Praktikers nicht der anspruchsvolle Zweck einer Bereicherung der gelehrten Literatur erstrebt, sondern nur dem Wunsche genügt werden, jüngeren Rechtskundigen die Orientirung in unseren Rechtsquellen zu erleichtern, und zum Nachdenken über einzelne Fragen von allgemeinem Interesse anzuregen. Der Verfasser getröstet sich der Hoffnung, hierbei den Ton gemüthlicher Unterhaltung nicht verfehlt zu haben; nur das bedürfte für Manche der Rechtfertigung, daß er neben dem Rückblick in die geschichtliche Entwickelung, und dem Durchblick durch den, mitunter schattigen, Wald der Gerichtspraxis, sich auch kritische Seitenblicke, zuweilen selbst einen Aufblick in die Region der Vernunft und desjenigen Fortschrittes gestattete, dessen Beförderung er als das Ziel lebendiger Rechtsbildung erkennt. — Die Naturwissenschaften stehen erhaben über dem praktischen Beruf ihrer Jünger: der geschickte Heilkünstler, der Verfertiger nützlicher Maschinen ehrt die kundigen Lehrer, die Entdecker von Gesetzen der Erd- und Himmelskörper als seine Meister. Die Natur ist so groß, daß es noch größer scheint sie im Ganzen zu verstehen, als sie im Einzelnen zu beherrschen. Anders verhält es sich mit der socialen Wissenschaft, und mit dem positiven Privatrecht, als ihrem trockensten Zweige. Dieser wurzelt zwar in den Trümmern der Vergangenheit, er wird getragen von dem fest gegebenen Boden der Stadt oder des Volkes; aber was ihn drängen kann, gesunde Blüthen und der Zukunft heilsame Früchte zu treiben, das ist allein die belebende Luft der Vernunft und das erwärmende Licht der Humanität.

# Inhalt.

# I.

# Ueber Ehescheidung.

## § 1.

### Gerichtsbarkeit für Ehescheidungen.

Die geistliche Gerichtsbarkeit, für welche seit der Reformation in den meisten deutschen Staaten eigene Consistorien errichtet wurden, sollte sich ursprünglich hauptsächlich auf die Verfügung der Excommunication und auf die Entscheidung in Ehesachen erstrecken. Letzteres war nach den Ansichten der Reformatoren deshalb rathsam, weil in den weltlichen Gerichten auf die Lehren des Christenthums und christlichen Gebrauch nicht genug Rücksicht genommen werde, auch dabei Fragen vorkämen, welche das Gewissen angingen. [1]) In Hamburg hat niemals ein Consistorium bestanden, deshalb waren nach der Reformation nach Klefeker's Darstellung alle Ehesachen, sowohl was die Verlobung und Vollziehung der

[1]) Gutachten der Wittenberger Theologen von 1545 bei Eichhorn Grundsätze des Kirchenrechts Bd. 1. S. 732. "Postea vero huic foro etiam controversiae de matrimoniis commendatae sunt bono consilio. Saepe enim incidunt controversiae, in quibus conscientia partim consuli debet, cujus rei in profano non ita habetur ratio. Nec fieri potest ut singuli pastores in ecclesiis tantum eruditionis et judicii habeant, ut has controversias recte dijudicare possint. Ideo necesse est in dioecesibus consistoria constituere, quae cognoscant controversias matrimoniales christianis sententiis, juxta verbum Dei, evangelium et illas honestas leges quae in ecclesia Christi a piis et prudentibus Christianis inde usque ab Apostolis tanquam honestae et Deo placentes judicatae sunt, ne ethnicae et Turcicae confusiones libidinum excolantur."

Ehe als die Trennungen und Scheidungen angeht, der "oberlichen Regierung," d. h. dem Rathe wieder anheim gefallen, welcher entweder selbst oder durch die ordentlichen Gerichte nach Verschiedenheit der Fälle in denselben nach dem protestantischen Kirchenrecht urtheilen und aussprechen lasse. [1])

Die Zuständigkeit des Rathes gründete sich auf die Bugenhagen'sche Kirchenordnung von 1529, welche ihm die Entscheidung über Ehestreitigkeiten übertrug, mit Vorbehalt der Zuziehung des Superintendenten in besonders schwierigen Fällen:

Art. 23. "Van Ehestånden. Wen Ehesaken tho Hader kamen, also dat ein Part edder tho Tyden beyde Part wolden frevelick und modtwillig wedder Godt handelen, idt sy den am Dage edder bedarff nach Rechtes Wyse werden verhöret, solkes alles will ein E. Radt by sick beholden, und schaffen einem ÿderen Recht. Ville averst ein Casus vor schwar tho ordelende, so will ein E. Radt den Superattendenten besöken lathen edder ehn dartho theen." [2])

Ebenso macht die Aepinische Kirchenordnung von 1556 [3]) die Ehescheidung vom Bande von der Bewilligung des Rathes nebst dem Superintendenten abhängig:

Art. 50. "Is vnse befehl und wille, dat in den Graden so in den Rechten vorbaden nemant tho Hamborg vnd erem Gebede ane willen vnd fulbort des E. Rades, des Superintendenten vnd Pastorn thohope geuen werde. Desghelyken gebeden vnd willen wy, dat ydt ock also geholden werde mith den Gelüden de van einander gelopen synt vnd sick vorlaten hebben, so de beide edder eyner van den sick wolde mith einem andern vorehelicken vnd tho hope geuen laten."

---

[1]) Sammlung Hamb. Gesetze Bd. 8. S. 785. Bd. 12. S. 449.

[2]) Klefeker Bd. 8. S. 126.

[3]) Diese, abgedruckt bei Klefeker Bd. 8. S. 272 folg. ist bekanntlich weder vom Ministerium, noch von der Bürgerschaft angenommen. Vergl. Westphalen Hamburgs Verfassung Bd. 2. S. 184.

Darüber, wann und ob überall eine Mitwirkung des Geistlichen zu dieser Cognition Statt gefunden habe, ist uns nichts bekannt. Der im Jahr 1593 verstorbene Superintendent hat keinen Nachfolger wieder erhalten; dagegen wurde später in einzelnen Fällen vom Rathe das Gutachten einer theologischen Facultät eingeholt. [1] Im Jahr 1709, während der Anwesenheit der kaiserlichen Commission, wurde vom Ministerium der Entwurf einer neuen Kirchenordnung vorgelegt, von welchem die Verfasser behaupteten, daß derselbe nicht sowohl etwas Neues und Veränderliches, als vielmehr eine richtige und deutliche Zusammenstellung desjenigen enthalte, was schon bisher nach unserer Kirchenordnung in guter und erbaulicher Praxis gewesen sey. [2] Dieser Entwurf nimmt eine Verhandlung mit dem Ministerium über jede Ehescheidung in Anspruch:

Art. 12. § 9. "Eigenmächtige Separation und boshafte Desertion werden von der weltlichen Obrigkeit mit Gefängniß und andern schweren Strafen geahndet. In gewissen Fällen jedoch, als divortiis, separatione quoad thorum et mensam, Eheverbündnissen in näheren gradibus als die Gesetze permittiren u. s. w., wird mit E. E. Ministerium communicirt." [3]

Noch weiter ging der im Ministerial-Archiv vorhandene gleichzeitige Gesetzentwurf "von der Obrigkeit im geistlichen Gericht oder Consistorio." [4] Dieser Entwurf proponirte, weil dem Summo Episcopo (dem Rathe) in weltlichen Dingen sein Amt ohnedem schwer genug gemacht werde, ein geistliches Gericht, welches in Eclesiasticis und matrimonialibus die Jurisdiction supremi Episcopi exerciren solle, bestehend aus drei Rathsherren und drei vom Rath ernannten Mitgliedern des Ministeriums. Neben der Censur über die gesammte

---

[1]) Vergl. z. B. Bürgermeister Möller zu art. 8. tit. 11. P. II. Stat.
[2]) Westphalen Geschichte der Hauptgrundgesetze Bd. 3. S. 10.
[3]) Westphalen a. a. O. S. 42.
[4]) Westphalen a. a. O. S. 109—116, vergl. S. 25.

Presse 2c. 2c. sollten diesem Consistorium insbesondere übertragen werden, "alle Ehesachen, wie sie Namen haben, in welchen einige Schwierigkeit oder Streit sich hervorthut." Die Urtheile sollten von ihm nach der heiligen Schrift, dem gemeinen und topischen Recht, gesprochen werden, in wichtigen Fällen jedoch die Appellation an den Rath als supremus Episcopus gestattet seyn. Ueber ein solches geistliches Gericht ist jedoch nicht weiter verhandelt, vielmehr zählte der Hauptreceß art. 5 unter den Reservatrechten des Raths das "Exercitium jurisdictionis ... etiam ratione causarum et personarum ecclesiasticarum" ohne Einschränkung auf, und auch das Concept der dort in Bezug genommenen Gerichtsordnung von 1711 enthält nichts über diese Materie.

Sonach blieb nur das fraglich, ob Ehescheidungssachen vor dem Niedergericht oder vor dem Rathe, sey es in seiner Qualität als Obergericht oder im außergerichtlichen Verfahren, anzubringen seyen? In Ermangelung gesetzlicher Bestimmungen hat die Praxis hierüber während des 17. und 18. Jahrhunderts geschwankt. Krieger [1]) rechnet die causae matrimoniales allgemein unter diejenigen, welche dem Niedergericht als erster Instanz zu vindiciren seyen. Dagegen kennen wir nicht allein einzelne Senats-Erkenntnisse über Scheidungen zu Tisch und Bett, [2]) sondern Schuback und Klefeker behaupten für ihre Zeit unbedingt, daß "Scheidung von Tisch und Bett und was dergleichen freiwillige Sachen mehr sind," eben so wie Dispensationen in Ehesachen, die Stiftung von Einkindschaften u. a. nirgend als beim Senate gesucht werden könnten, zu dessen alleiniger und zwar extrajudicialen und unmittelbaren Erkenntniß dieselben ihrer Natur nach gehörten. [3]) Was dagegen die Klagen auf Scheidung vom Bande betrifft, so

---

[1]) Introductio in praxin fori Hamb. cap. 1. § 39.

[2]) Ein solches vom 29. Nov. 1706 ist im Anhang des Thesaurus jur. prov. et stat. Bd. 1. S. 1067 abgedruckt.

[3]) Klefeker Bd. 3. S. 522. Bd. 4. S. 134. — Schuback vom Amte eines Gerichtsverwalters (ungedruckt) Sect. 2. cap. 14. § 10.

konnten dieselben bei dem Niedergericht unstreitig angebracht werden. Daß dieses nothwendig geschehen müsse, war aus der Competenzvorschrift in art. 1. tit. 12. P. I. Stat. nicht direct zu ersehen, sondern nur etwa insofern anzunehmen, als solche Fälle den Criminalsachen gleichgestellt wurden. Der Commentator Anderson[1]) führt aus dem Anfange des vorigen Jahrhunderts einzelne Fälle an, in welchen solche Klagen nicht nur wegen böslicher Verlassung, sondern namentlich auch wegen Ehebruch vom Obergericht vorerst an das Niedergericht als die zuständige Behörde verwiesen wurden. An einer andern Stelle erklärt er selbst diese Remission nur dann für gebräuchlich, wenn der Desertionsproceß mittelst einer Edictalladung einzuleiten war. Darin stimmt Klefeker mit den Worten überein: "Nächst diesem aber kann ich hier nicht unangemerkt lassen, daß ein Ehescheidungsproceß ex capite adulterii alsogleich im Obergericht könne anhängig gemacht und daselbst entschieden werden, ohne vorher das Niedergericht behelligen zu dürfen." [2])

Ein Hauptgrund, diese Behelligung des Niedergerichts als überflüssig zu vermeiden, mußte eintreten, als man die Confirmation eines von ihm ergangenen Scheidungsurtheils durch den Rath für erforderlich hielt. Auch dieser Satz jedoch wurde nur von der Praxis und nur allmählig festgestellt. M. Schlüter[3]) bemerkt noch, daß im Desertionsprocesse gegen einen abwesenden Gatten zu seiner Zeit (gegen Ende des siebenzehnten Jahrhunderts) die Appellation an den Rath nicht allemal observirt werde; im Jahr 1694 habe der Präses des Niedergerichts der Appellation mehrfach nicht deferirt. Sicherer sey es jedoch, die Sentenz vom Rath confirmiren zu lassen, und die Gewährung einer solchen Appellation scheine unbe-

---

[1]) Comm. zu art. I. tit. 12. P. I. Stat. Vergl. Anderson Hamb. Privatrecht Th. 4. S. 227.

[2]) Klefeker Bd. 3. S. 522.

[3]) Comm. zu art. I. tit. 37. P. I. Stat.

denklich, weil die siegende Parthei selbst darum nachsuche, und der abwesenden kein Nachtheil daraus erwachse. Spätere Schriftsteller erklären die Appellation zur Bestätigung für unerläßlich, denn die erkannte Ehescheidung würde sonst nicht für gültig zu achten seyn, weil bei dem Niedergericht das jus episcopale nicht sey. [1])

Die in neuerer Zeit geltenden gesetzlichen Bestimmungen hierüber wurden in der Verordnung wegen veränderter Organisation der Justizbehörden vom 29. December 1815 aufgestellt. Nach art. 28 dieses Gesetzes steht für die Vorstädte und das Landgebiet den Patronen und Landherren die Consistorialjurisdiction zu, jedoch ist bei völliger Ehescheidung die Appellation pro confirmanda an das Obergericht erforderlich. Das Niedergericht ist zufolge art. 29 in allen nicht zur Competenz des Handelsgerichts und zur alleinigen Jurisdiction der übrigen Justizbehörden gehörigen Sachen fundirt, und entscheidet solche in erster Instanz. In Ehescheidungssachen ist jedoch die Appellation pro confirmanda nothwendig.

Hiernach und zufolge art. 27 desselben Gesetzes, welcher die Jurisdiction der Prätoren als eines Specialforums genau begränzt, ist es nicht zweifelhaft, daß dem Niedergericht für die Stadt die ausschließliche Gerichtsbarkeit für alle Ehescheidungssachen in erster Instanz zustehen sollte. Allein während diese Vorschrift hinsichtlich der Scheidung vom Bande allerdings observirt wurde, so hat dieselbe für Separationen von Tisch und Bett durch die Praxis den bedeutendsten Abbruch erlitten. Auch in dieser Branche mußte die Schwerfälligkeit und Uniform der niedergerichtlichen Procedur sich als unfähig erweisen, dem practischen Bedürfniß zu genügen. Die Nachsuchung einer Trennung von Tisch und Bett bei diesem Gerichte hat, sofern sie nicht als Incidentpunkt vorkam, zu den Seltenheiten gehört. Vielmehr wurde eine große

---

[1]) Anderson Comm. zu art. 1. tit. 12. P. I. und zu art. 1. tit. 37. P. I. Stat. Klefecker Bd. 3. S. 521.

Zahl solcher Sachen bei den Präturen angebracht, und durch diese nach mündlicher Verhandlung von kurzer Hand erledigt, obwohl schon Schuback seine Nachfolger in der Prätur warnt, sie müßten sich hüthen, nicht Sachen anzunehmen, die ihrer Natur nach ad Senatum gebracht werden müssen oder vor ein anderes Departement gehören, wie namentlich Ehescheidung quoad thorum et mensam. [1]) Aber selbst dieser Uebergriff erschien noch nicht als ausreichend. Die Verordnung vom 9. Juni 1826 über die Gränzen des Polizeiamts [2]) stellte den allgemeinen Grundsatz auf, daß die Polizeiherren sich der Schlichtung aller Streitigkeiten der Bürger und Einwohner über Rechte in ihren Privatverhältnissen zu enthalten haben. Sie fand sich veranlaßt noch besonders hervorzuheben: "Bei Streitigkeiten unter Eheleuten und bei den aus ähnlichen Verbindungen (?) entstandenen Verhältnissen hat die Polizei ihre Competenz blos darauf, um lebensgefährliche oder wirkliche Gewaltthätigkeits-Handlungen praevia causae cognitione entweder selbst zu bestrafen oder die Acten darüber in Senatu zu produciren und auf Sicherung der partis laesae gegen Wiederholungen zu beschränken, ohne jedoch Eheleute a thoro et mensa zu separiren, noch über Theilung der Güter und Regulirung der Schuldverhältnisse zu cognosciren, wenngleich sie den Alimentenpunkt da, wo es die Umstände nöthig machen provisorisch zu erledigen hat." Die Verordnung hatte vergessen, die Mittel anzugeben, durch welche unter Ehegatten die pars laesa gegen Wiederholungen von Gewaltthätigkeiten des andern Theiles oder gegen Ausartung von ungefährlichen Angriffen in ernstere, ohne Gestattung einer Trennung zu Tisch und Bett polizeilich gesichert werden können. Der practische Verstand nöthigte die Polizeiherren, in sehr vielen Fällen den Frieden und die persönliche Sicherheit durch Sanctionirung einer Separation zu schützen, womit die Verfügung über Alimente und die sonstigen Privatinteressen ver-

[1]) Schuback vom Amt eines Gerichtsverwalters Sect. 2. cap. 14. § 10.

[2]) Lappenberg Sammlung der Verordnungen Bd. 9. S. 154.

knüpft wurde, und so hat sich thatsächlich ein wichtiger Zweig der Consistorial-Jurisdiction in den Händen der Polizeigewalt befunden.

Die Appellabilitäts-Verordnung vom 7. Juli 1820 schließt im § 1 von der Cognition des Oberappellations-Gerichts die Ehescheidungssachen aus, weil dieselben ihrer Natur nach nicht als privatrechtliche Streitigkeiten anzusehen seyen. Das Oberappellations-Gericht begreift hierunter auch die Streitigkeiten über die Nichtigkeit einer Ehe, über Scheidung von Tisch und Bett, so wie die Differenzen unter jüdischen Ehegatten. [1])

---

Die Zuständigkeit der hiesigen Gerichte hinsichtlich der ihnen unterworfenen Personen wird bedingt durch die Modificationen des allgemeinen Grundsatzes, nach welchem der Kläger dem Gerichtsstande des Beklagten zu folgen hat. Solche Modificationen ergeben sich aus den specielleren Rechtssätzen, daß die Ehefrau ihr rechtliches Domicil an dem Wohnorte des Mannes hat, daß der Hamburgische Staatsangehörige bis zur Entlassung aus dem Staatsverbande den hiesigen Gerichten unterworfen bleibt, [2]) endlich aus der Unmöglichkeit, Jemand, dessen dermaliger Wohnort unbekannt ist, in seinem Domicil zu belangen. Der Ort, wo die Ehe vollzogen wurde, kann wohl eine Vermuthung für den gewählten Wohnort begründen, nicht aber zu der unpassenden Analogie eines mit dem Domicil concurrirenden forum contractus benutzt werden. — Demnach kann ein hier domicilirter Ehemann seine auswärts sich aufhaltende Ehefrau vor das hiesige Gericht laden, nicht aber umgekehrt, im Allgemeinen, die hier weilende Frau den auswärts ansässigen Ehemann. Eben so wenig würden in diesem Fall die Hamburgischen Gerichte für Klagen des Mannes gegen die hier anzutreffende Frau competent seyn. Dagegen muß ein Edictalverfahren gegen den

---

[1]) Vergl. Gries Commentar Bd. I. S. 157—166.

[2]) Art. 2, 3. lit. 12. P. I. Stat.

Mann verstattet werden, der seine Frau in dem hiesigen Domicil verlassen hat, obschon es möglich ist, daß er anderwärts inzwischen seinen festen Wohnsitz aufgeschlagen habe. Hierauf dürfte die Lehre zu begränzen seyn, daß bei dem Verfahren wegen böslicher Verlassung überhaupt der Antrag vor dem ordentlichen Richter des klagenden Theils anzubringen sey.[1]

Daß die statutarische Vorschrift, wonach unentlassene hiesige Bürger verpflichtet erachtet werden, fortwährend vor den Hamburgischen Gerichten Recht zu nehmen, auch ihren Ehefrauen zu gut komme, ist in einem Fall, wo die Frau ihren Mann nach Calcutta begleitet hatte und von dort hierher zurückgekehrt war, gegen die Ansicht des Niedergerichts vom Obergericht entschieden:

Hoppe c. mar. jetzt in Calcutta. Niedergericht 29. October 1847. Da nach den Anführungen der Klägerin Beklagter jetzt sein regelmäßiges und festes Domicil in Calcutta hat, und eine wider denselben zu erhebende Ehescheidungsklage demnach in dem dortigen foro des Beklagten anzubringen seyn würde: daß Klägerin mit ihrem erhobenen Antrage abzuweisen sey.

Obergericht 3. December 1847. Da der Beklagte Appellat als hiesiger Bürger jedenfalls auch hier ein rechtliches Domicil hat, übrigens weder klägerischerseits behauptet ist, noch sonst constirt, daß selbiger auch ein eigentliches Domicil in Calcutta habe: daß das Erkenntniß a quo wieder aufzuheben, Klägerin annoch vorgängig zu documentiren schuldig, daß Beklagter nicht ex nexu getreten, dann aber die gebetene Citation desselben zu verstatten sey.

Zweifelhafter muß es erscheinen, ob ein Hamburger, welcher sich auswärts niederläßt und dort verheirathet, seine Frau vor den hiesigen Justizbehörden belangen könne? Auch diese Frage ist unter Umständen bejahend entschieden:

---

[1]) Eichhorn Kirchenrecht Bd. 2. S. 486. Richter Kirchenrecht Bd. 2. § 269.

Möller m. n. N. in Rio de Janeiro c. ux. Niedergericht 26. September 1845. Da aus dem Umstande, daß der Vollmachtgeber des Imploranten früher hiesiger Bürger geworden, keine Berechtigung für denselben zu entnehmen ist, seine ihm in Rio de Janeiro angetrauete Ehefrau zu zwingen, sich mit ihm auf die gegen sie angestellte Scheidungsklage vor dem hiesigen foro einzulassen, so lange er selbst seinen Wohnsitz in Rio de Janeiro hat: daß Implorant mit seinem Antrage auf Verstattung der gebetenen Edictalen für jetzt wenigstens abzuweisen sey.

Obergericht 5. December 1845. Da bei der für die im Auslande lebenden Angehörigen des Hamburgischen Staates im art. 2 u. 3. tit. 12. P. I. Stat. ausgesprochenen Verbindlichkeit vor den Hamburgischen Gerichten Recht zu nehmen, ihnen jedenfalls auch die Befugniß von denselben Rechtshülfe zu begehren, namentlich dann nicht abgesprochen werden kann, wenn, wie der Implorant behauptet und einigermaaßen (etwa durch ein Consulatsattest) zu bescheinigen haben wird, die Rechtsverfolgung im Auslande der daselbst obwaltenden besonderen Verhältnisse wegen unmöglich seyn sollte; da ferner in der dem Imploranten vorzuschreibenden Insertion der Edictalladung nicht nur in Hamburgische, sondern auch in Brasilianische und Englische Zeitungen ein Mittel dargeboten ist, das scheinbar gefährdete Interesse der Imploratin auf eine den Umständen nach genügende Weise sicher zu stellen: — daß das Erkenntniß a quo wieder aufzuheben, und Implorant vorgängig annoch einigermaßen zu bescheinigen schuldig sey: 1) daß der Aufenthalt der Imploratin in Rio unbekannt sey, dieselbe namentlich in seinem (des Imploranten) Hause nicht lebe, und 2) daß er mit seiner gegen die Imploratin in Rio anzustellen versuchten Ehescheidungsklage von den Gerichten oder sonstigen competenten Behörden Brasiliens zurückgewiesen und an die Gerichte seiner Vaterstadt verwiesen worden sey, worauf demnächst weiter zu erkennen seyn wird den Rechten gemäß.

Noch ist hier die Gerichtsbarkeit der ordentlichen Gerichte für Ehescheidungen unter Israeliten zu erwähnen. Nach art. 23 des geltenden Juden-Reglements von 1710 sollte den Juden, "daß sie in gewissen Fällen als in Matrimonial- Testaments- und Erbschaftsachen nach Inhalt der Mosaischen Gesetze verfahren mögen, zwar erlaubet, hingegen aber ... ohne obrigkeitliche Erkenntniß Scheidebriefe zu geben oder sonsten die Ehe zu trennen ernstlich verboten seyn." Wenn hiernach unstreitig auch hinsichtlich der materiellen Rechtsgrundsätze Scheidungen aus Gründen, welche nur das jüdische Recht statuirt, nicht zugelassen werden dürften, so ist andererseits kaum zu bezweifeln, daß eben so wenig solche Ursachen der Ehescheidung, welche dem jüdischen Recht unbekannt sind, auf die Bekenner dieses Glaubens deshalb, weil es einer von beiden Partheien so convenirt, Anwendung finden sollten. Dies würde dem Geiste jener Zeit widersprechen, der die Trennung gültiger Ehen möglichst zu erschweren beflissen, und sich der Zurückführung der protestantischen Ehescheidungsgründe auf neutestamentliche Stellen, wie des Zusammenhangs dieser Lehre mit dem christlich canonischen Recht noch deutlich bewußt war. Allein theils die allmählige Umwandlung dieser Ansichten, theils die Unbekanntschaft mit den Normen des jüdischen Rechts mag es veranlaßt haben, daß in neuerer Zeit auch Ehen unter den Israeliten durchaus mit dem christlichen Maaße gemessen werden, sofern es sich um deren gerichtliche Trennung handelt. Sonach wird auf sie von den Gerichten die canonische Erfindung der Separation zu Tisch und Bett, die Scheidung wegen Ehebruch nach dem Ausspruch Christi, und wegen böslicher Veranlassung nach dem Apostel Paulus unbedenklich angewandt; vorsichtshalber mit dem Zusatze "hinsichtlich des bürgerlichen Bandes," [1]) wobei aber die

[1]) Z. B. Peine c. ux. 31. October 1845. "Daß die zwischen den Partheien bisher bestandene Ehe hinsichtlich des bürgerlichen Ehebandes gänzlich zu trennen, in Betreff der weiteren Folgen dieser Trennung aber dem Kläger nach Maaßgabe der jüdischen Rechte seine Competenzien vorzubehalten seyen."

Folgen dieser beschränkenden Klausel dem Gewissen der Betheiligten überlassen bleiben, [1]) mithin in diesem Punkte die anticipirten Grundsätze der Civilehe von der Praxis eingebürgert sind.

Zwei neuerlich verhandelte Fälle zeigen, daß man diesen singulären Standpunkt bis auf Weiteres zu behaupten denkt. Als im Jahre 1850 einer jüdischen Ehefrau die Edictalladung wegen böslicher Verlassung unter dem gewöhnlichen Präjudiz verstattet war, "daß das Eheband gänzlich gelöset und der Implorantin ihrer Gelegenheit nach anderweitig sich zu verheirathen gestattet werden werde," intervenirten die Vorsteher der jüdischen Gemeinde mit der Vorstellung: nach jüdisch-kirchlichem Eherecht sey eine Ehescheidung in contumaciam undenkbar, indem jede Scheidung, gleichviel aus welchen Gründen, dieselbe den Rechten nach erkannt werden mögte, nicht anders zu Stande kommen könne, als durch ein von dem Ehemann rite ausgestelltes und von der Frau angenommenes, die Ehescheidnng aussprechendes Actenstück, zu welcher resp. Ausstellung und Annahme die Betheiligten nöthigenfalls wieder durch die Gerichte, gezwungen werden können. So sey dieser Schlußact ein rein kirchlicher. Das angedrohte Präjudiz involvire daher eine Nullität, da den Gerichten die jüdische Ehe allenfalls nur in bürgerlicher Hinsicht aufzulösen gestattet seyn könnte, und eine anderweitige Verheirathung auch des unschuldigen Theiles nicht nach dem bloßen Ausspruch

---

[1]) Anders verfuhr man bisweilen mit den Bekennern der katholischen Religion. In S. Abras c. ux. erkannte, nachdem der Kläger bescheinigt hatte, daß seine Frau ihn verlassen und auswärts sich anderweitig verheirathet habe, das Niedergericht am 4. November 1842: "Daß Kläger, welcher als Katholik eine Ehescheidung vom Bande nicht beantragen und aus derselben für sich keine Rechte erwerben kann, mit seinem Antrage abzuweisen sey, falls er nicht durch ein von der competenten geistlichen Behörde auszustellendes Attest documentirt, daß die von ihm eingegangene Ehe auf sein Imploriren von dem hiesigen Gericht, welchem die Consistorial-Jurisdiction über Protestanten zusteht, getrennt werden dürfe."

der Gerichte, sondern erst nach erfolgtem Ritual statthaft sey. Auf ihren Antrag, die fragliche Ehe nur für bürgerlich aufgelöst zu erklären und die Implorantin wegen nachgesuchter Erlaubniß zu einer etwaigen Wiederverheirathung auf das bestehende mosaische Recht zu verweisen, erkannte das Niedergericht am 31. Mai 1850: "Da, falls demnächst in Folge des Nichterscheinens des Beklagten auf die wider ihn erlassene Edictalcitation die gerichtliche Ehescheidung wirklich ausgesprochen werden sollte, dadurch selbstverständlich, ohne den etwa noch erforderlichen religiösen Formen Abbruch zu thun, die Ehe nur vom bürgerlichen Bande getrennt werden würde: daß die Intervention der Vorsteher der deutsch-israelitischen Gemeinde für erledigt zu erklären sey." — Desgleichen wurde auf die von einer Jüdin wegen Ehebruch des Mannes angestellte Ehescheidungsklage am 31. Januar 1851 erkannt: "Da die beklagtische Einrede des nicht zuständigen Klagerechts auf den Einwand begründet ist, daß die Ehe unter den Partheien nach mosaischem Recht beurtheilt werden müsse, welches der Ehefrau keine Klage auf Ehescheidung wegen eines vom Ehemann begangenen Ehebruchs gestatte; da jedoch der § 23 des Juden-Reglements von 1710 von einer constanten hiesigen Praxis dahin ausgelegt und angewendet wird, daß die allgemeinen Gesetze über die zur Ehescheidung berechtigenden Gründe auch auf Israeliten in so weit Anwendung finden, als dabei eine Untersuchung und Entscheidung durch die Gerichte des Staates in Frage steht: daß u. s. w." (Im Obergericht am 28. März 1851 bestätigt.)

## § 2.

## Nichtigkeitserklärung.

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine förmlich geschlossene Ehe für ungültig erklärt werden kann oder werden muß, ist durch Aufzählung der Gründe zu beantworten, welche das Hamburgische Recht als trennende Ehehindernisse (im Gegensatz der nur aufschiebenden) anerkennt. Denn deren rechtliche Bedeutung besteht gerade darin, daß eine solche Ehe entweder von Amtswegen (impedimenta publica) oder auf den Antrag eines Betheiligten (imp. privata) als nichtig wieder aufgelöst werden soll, jenachdem dem Hinderniß in Rücksicht auf das Interesse einzelner Personen, oder im öffentlichen Interesse jene Wirksamkeit beigelegt worden ist. Die vorgeschriebene Proclamation und die Handhabung der polizeilichen Controle bei Eingehung von Ehen [1]) hat bewirken müssen, daß nur wenige Zweige dieser Lehre durch die Gerichtspraxis näher entwickelt worden sind.

1. Der Titel des Stadtrechts "von ehelicher Vertrauung, Verheirathung und Brautschatz" (tit. 11. P. II.) beginnt mit dem Satze:

"Wenn zwo mündige Personen, aus freiem Willen, mit Bevollbortung ihrer Eltern, in unverbotenem Grade sich mit einander ehelich einlaßen und verbinden, solches wird für eine rechte Ehe geachtet."

Unter der hier zunächst geforderten Mündigkeit ist nicht die Volljährigkeit zu verstehen, schon deshalb nicht, weil diese zur Zeit des Stadtrechts für das weibliche Geschlecht

---

1) Verordnung, das Polizei-Verfahren bei Verheirathungen u. s. w. betreffend, vom 30. November 1815, und neue Verordnung, die Einrichtung der Geburts-, Trau- und Todtenregister betreffend, von demselben Tage. (Anderson Sammlung Bd. 2. S. 194. 200.) Die letztere wurde durch eine nachträgliche Verordnung vom 21. März 1831 erläutert und ergänzt.

überall nicht eintrat, [1]) sondern in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht, [2]) entweder die individuelle Mannbarkeit, oder diejenige Mündigkeit, welche zufolge art. 21. tit. 6. P. III. Stat. bei Knaben mit 14 und bei Mädchen mit 12 Jahren eintreten sollte. Damit stimmen auch frühere Schriftsteller überein. [3]) Indem die Vormundschaftsordnung von 1831, art. 58, wegen Supplirung des Consenses an das Obergericht verweist, "wenn Eltern ihren minderjährigen Kindern ihre Einwilligung zu einer Heirath versagen," setzt sie die Zulässigkeit von Ehen Minderjähriger stillschweigend voraus.

2. Ueber die Verwandtschaft und Schwägerschaft als Ehehinderniß findet sich in der Bugenhagen'schen Kirchenordnung von 1529 nichts; die Aepinische von 1556 bestimmt nur, daß wegen der "in den Rechten verbotenen Grade" Dispensation nachgesucht werden müsse. [4]) Der statutarische Artikel von Blutschande (art. 27. P. IV.) bestraft die letztere theils an Personen, die in auf- oder absteigender Linie sich verwandt sind, außerdem an Solchen, "die mit den nahen Verwandten in linea collaterali oder nahe beschwägerten Personen, unter welchen die Ehe zu Rechte verboten, solche Schande begehen." Der gleichzeitige Commentator, Bürgermeister Möller, bemerkt zu den Worten "in unverbotenem Grade" des obigen art. 1. tit. 11. Stat. "Est is tertius gradus lineae aequalis. Et licet is gradus hic non sit expressus, tamen ex dispensatione Senatus matrimonium in illo gradu permittitur. Et ita in Consistoriis Lips. Witteb. Jenens.

---

[1]) Art. 1. tit. 9. P. I. Stat. "Knaben unter achtzehn Jahren und alle Frauen und Jungfrauen werden nach unserem Stadtrechte unmündig gehalten."

[2]) Pr. J. de nuptiis (1. 10.) c. 2. 3. X. de despons. impub. (4, 2.)

[3]) von Graffen Diss. de eo quod justum est circa matrimonia, § 12. Gries Commentar Bd. 2. S. 4.

[4]) Art. 50. "Is vnse befehl vnd wille, dat yn den Graden so in den Rechten vorbaden, nemant tho Hamborg vnd erem gebede ane willen vnd fullbort des Erbarn Rades, des Superintendenten vnd Pastorn thohope geuen werde."

est pronunciatum." Während des 17. Jahrhunderts scheint, in Folge der Verschiedenheit unter den Ansichten der Protestanten, auch die hiesige Praxis geschwankt zu haben. Denn von der Fecht bemerkt zu derselben Stelle: "At hic ist in diesem passu keine rechte Kirchenordnung noch statuta. Hier werden wegen unserer Unordnung, wenn sich Leute verbunden, auch in tertio gradu lineae inaequalis copuliret, nam ob defectum der weltlichen Ordnung sehen die theologi nur auf das cap. 18 Levitici." Im Jahre 1697 ertheilte der Rath Dispensation zur Verheirathung mit der Mutterschwester-Tochter der verstorbenen Frau, unter Bezugnahme auf das gemeine Recht, welchem kein topisches Gesetz entgegenstehe.[1] Das Ministerium hatte in diesem Fall widersprochen, jedoch schlug es selbst bald darauf, im Entwurfe der Kirchenordnung von 1710, ziemlich freisinnige Vorschriften in diesem Punkte vor. Im Art. 12. § 7 jenes Projectes heißt es nämlich: "Die Ehen werden allhie nur bis in den dritten Grad gleicher Linie ordentlich gestattet," aber im Art. 4 der dort eingeschalteten Eheordnung: "Personen, so einander im dritten Grad gleicher Linie verwandt, ist die Ehe verstattet. Die aber einander näher, es sey mit Blutfreundschaft oder Schwägerschaft, zugethan, und deren Ehen in Gottes Wort nicht untersagt, sollen sich, wenn sie einander zu ehelichen gesonnen, desfalls bei der Obrigkeit und Predigtampt gebührend melden." Die Dispensation sollte also nur in den Fällen des mosaischen Rechts nicht gestattet werden können. Gleichwohl fügte der Hauptreceß von 1712, welcher im Art. 5. No. 12 unter den Reservatrechten des Rathes das jus dispensandi in Ehesachen, so weit die göttlichen Rechte es zulassen, aufführte, die Beschränkung hinzu: "jedoch daß auch hierin behutsam verfahren, und die Dispensationes nicht sonder erhebliche und wichtige Ursachen denen Personen, die im anderen Grad der Collaterallinie einander verwandt, verstattet werden sollen." Die neueste Vorschrift hierüber enthält Art. 5 der Verordnung das

[1]) Hinsch Comm. zu Art. I. tit. II. P. II. Stat.

Polizeiverfahren bei Verheirathungen u. s. w. betreffend vom 30. November 1815:

"Dispensation zur Vollziehung einer Ehe im verbotenen Grade muß beim Hochw. Rath nachgesucht werden. Im vierten Grad der Seiten-Verwandtschaft [1]) ist die Ehe ohne Dispensation zulässig."

Welche Fälle der Verwandtschaft und Schwägerschaft innerhalb dieses Kreises nach Anleitung des dritten Buch Mos. Cap. 18 und moderner Ansichten jetzt für indispensabel gelten, also auch eine Nichtigkeitserklärung herbeiführen würden, ist uns unbekannt.

3. Die Religionsverschiedenheit wird in unseren Gesetzen nicht als Impediment erwähnt. Das Concept der Kirchenordnung von 1710 mußte, dem Westphälischen Frieden gemäß, hinsichtlich der Katholiken und Reformirten sich auf den Satz beschränken art. 12. § 10. "Verlobung mit Römisch-Catholischer Religion und Reformirten Verwandten werden billig nach der Vorschrift göttlichen Worts widerrathen, und davor gewarnt. Wenn aber, solcher Warnung ungeachtet, die Verlobung dennoch geschieht, soll die Consummation nach unserm Kirchengebrauche . . . geschehen." Dagegen setzt hinsichtlich der übrigen Confessionen, die Eheordnung im § 12 hinzu: "Eheverbündnisse mit Mennonisten, Socinianern, Arminianern und Juden und andern Ungläubigen werden bei Verlust der Stadtwohnung verboten." Durch Ausführung dieses Präjudizes würde die Trennung der Ehe absorbirt worden seyn. Im siebenzehnten Jahrhundert wurde die Ehe zwischen einem Katholiken und einer Jüdin aus anderen Gründen getrennt, nachdem der Versuch sie zu versöhnen fruchtlos geblieben war. [2]) Noch in neuester Zeit wurde die

---

[1]) Hier muß die Römische Computation verstanden, also an die Kinder von Geschwistern und an die Ehe mit Bruder- oder Schwesterenkel gedacht seyn.

[2]) Bürgermeister Möller Comm. zu art. 6. tit. 11. P. II. Stat.

l. 6. C. de Judaeis, welche die Ehe zwischen Christen und Juden verbietet, dahin angewendet, daß der Senat die nachgesuchte Dispensation zur Eingehung einer solchen Ehe verweigerte.[1] Dagegen erklärt die "provisorische Verordnung die Ehe zwischen Christen und Juden betreffend" vom 24. October 1851 im § 1: "Das bestehende Verbot der Ehe zwischen Christen und Juden ist in Hamburg und dessen privativem Gebiet aufgehoben."

4. Das Hinderniß einer **noch bestehenden gültigen Ehe** ist als ein öffentliches auch in der hiesigen Praxis anerkannt. So wurde in S. Fiscalis in crim. c. Wonnenberg am 2. August 1844 vom Obergericht mit dem Strafurtheil wegen Bigamie die Richtigkeitserklärung der zweiten Ehe von Amtswegen verbunden. Dieser Punkt war kaum von practischer Bedeutung, so lange die in art. 31. P. IV. Stat. verfügte Todesstrafe wegen Doppelehe Anwendung fand, welche noch im Jahr 1724 an dem Kesselflicker Hinrich Kiten vollzogen wurde, "der sich mit drei noch alle lebenden Frauen trauen lassen."[2] — Es frägt sich, ob eine ähnliche Wirkung auch einem früher geschlossenen gültigen **Verlöbniß** unter Umständen beizumessen wäre? Unser Stadtrecht bestätigt den allgemeinen Grundsatz des Canonischen Rechts,[3] daß das der Zeit nach ältere Verlöbniß wegen des daraus erworbenen Rechtes den Vorzug vor dem späteren habe:

Art. 5. tit. 11. P. II. "Würde einer zwoen Jungfrauen oder Wittwen die Ehe versprechen und ordentlicher Weise zusagen, auf den Fall ist die erste Zusage bündig, und die letzte von keinen Würden."

---

[1]) Z. B. am 24. April 1850 decretirte der Senat: "daß, da nach der dermalen annoch hier bestehenden Legislation Ehen zwischen Christen und Juden nicht zuläßig sind, das Gesuch des Supplicanten keine Statt finde."

[2]) Vegesack Comm. zu art. 31. P. IV. Stat.

[3]) Cap. 15. 22. X. de sponsal.

Wenn aber zu dem jüngeren Verlöbniß die Trauung hinzugetreten ist, so kam nach dem Canonischen Recht nichts darauf an, ob diese Ehe öffentlich und mit Solennitäten, oder ganz formlos als sponsalia de praesenti abgeschlossen war: in beiden Fällen ging die jüngere Ehe den älteren Sponsalien de futuro vor. [1]) Nach neuerem Recht muß unterschieden werden, ob die Trauung nach vorherigem (bei Katholiken und Protestanten gesetzlichem) öffentlichem Aufgebot erfolgt ist, oder ob sie heimlich geschah. In dem ersteren Falle kann die Ehe von dem zuerst Verlobten nicht weiter angefochten werden, sein Recht ist wegen unterlassenen Einspruchs durch Präclusion erloschen. Nur soll er, falls ihm eine schuldlose Unkunde der Proclamation zu Statten kommt, nach der Ansicht Mancher [2]) befugt seyn, eine Satisfactionsklage anzustellen. Ist aber die Ehe heimlich, d. h. ohne Aufgebot, jedoch unter der übrigens erforderlichen hierologia geschlossen, so ist nach Katholischem Kirchenrecht die Ehe gültig, und behauptet vor dem früheren Verlöbniß den Vorzug, schon nach dem Canonischen Grundsatz "sponsalia de futuro, etiam jurata, solvuntur per secunda sponsalia de praesenti." Nach Protestantischem Recht dagegen könnte, wenigstens nach der Lehre mehrerer Schriftsteller, [3]) in diesem Fall die heimlich geschehene Trauung zum Nachtheil des ersten Verlobten nichts bewirken, die Ehe würde mithin zu seinen Gunsten zu annulliren seyn. Es ist freilich zu bezweifeln, ob die Praxis irgendwo diesem Grundsatze folgt, denn sofern der treulose Verlobte zur Ehe mit seinem ersten Sponsus doch nicht absolut gezwungen werden könnte, und er seine Abneigung vor dieser Ehe grade durch Eingehung einer anderen schon genügend zu erkennen gegeben hat, so scheint es angemessener, in einem solchen Fall die einmal eingegangene Ehe bestehen

---

[1]) Cap. 31. X. de sponsal. cap. 1. X. de sponsa duor.

[2]) Schott Eherecht § 152. Note 6. Glück Comm. Th. 23. S. 112.

[3]) J. H. Böhmer Jus eccl. Prot. tom 3. lib. 4. tit. 3. § 52. Schott Eherecht § 152. Glück Comm. Th. 23. S. 112.

zu lassen, und dem verlassenen Verlobten nur eine Abfindungssumme zuzusprechen. — Für Hamburg erledigt sich diese Frage wohl durch die Annahme, daß die Copulation von nicht geringerer Wirksamkeit seyn kann als selbst der voreheliche Beischlaf. Wenn nämlich zu dem späteren Verlöbniß der Beischlaf hinzugekommen ist, so sollte freilich von Rechts wegen das frühere Verlöbniß dennoch vorgehen. Dieser Entscheidung hätte auch nicht einmal der Canonische Grundsatz obstiren können, wonach sponsalia de futuro durch den Beischlaf in sponsalia de praesenti verwandelt werden, denn dieser setzt ein übrigens gültiges Verlöbniß voraus, was hier das zweite, in Betracht des noch bestehenden älteren nicht ist. Jedenfalls gilt jener Grundsatz auch unter den Katholiken nicht mehr, und es bleibt also nur noch der Gesichtspunkt, daß der Beischlaf, als eine unerlaubte Handlung, die bestehenden Rechte dritter Personen nicht aufheben kann. Dies ist auch die Ansicht sowohl der katholischen als protestantischen Rechtslehrer.[1]) Gleichwohl hat das Hamb. Statut diese Frage anders entschieden, indem art. 5. tit. 11. P. II. der Regel, daß das ältere Verlöbniß den Vorrang habe, die Ausnahme hinzufügt:

"es wäre dann, daß er die andere hätte fleischlich erkannt, so wird dieselbige Verlöbniß in diesem Falle der ersten, wofern die Person von der ersten Verlöbniß keine Wissenschaft gehabt, vorgezogen."

Sonach bliebe nur der Fall, wenn die zweite Verlobte bei der Copulation das Bestehen des früheren Verlöbnisses gekannt hat, aus anderen Gründen zu entscheiden übrig.

5. Indem der art. 1. h. t. nur diejenige Ehe für eine rechte halten will, die beiderseits "aus freiem Willen" ge-

---

[1]) Vergl. die bei Glück Th. 23. S. 111. Note 100 angef. Böhmer jus eccl. Prot. lib. 4. tit. 1. § 66. Hofacker Principia § 393. Schott Eherecht § 152. Note 5. Thibaut System § 418. "Der Beischlaf verstärkt überhaupt die Verbindlichkeit der Verlöbnisse nicht, sondern vermehrt nur die Entschädigungsforderungen."

schlossen wurde, bestätigt er zunächst, daß eine erzwungene Ehe nicht als rechtsbeständig eingegangen gelten kann. [1]) In weiterer Bedeutung sind aber damit zugleich die sonstigen Fehler der Einwilligung bezeichnet. Der wesentliche Irrthum steht der Freiheit des Entschlusses eben so entgegen, wie ein durch Gewalt oder Drohungen geübter Zwang, und der Betrug besteht in der absichtlichen Erweckung oder Benutzung eines solchen Irrthumes in dem anderen Gatten. Ueber die, aus inneren Gründen schwierige, [2]) Frage, welcher Irrthum als ein wesentlicher, d. h. die Ehe annullirender gelten dürfe? findet sich im Canonischen Recht nichts weiter, als daß dahin der Irrthum über die Identität der Person und die Unbekanntschaft mit der unfreien Geburt des anderen Theiles zu rechnen sey. Indessen ist es unbedenklich, hierher auch den practisch wichtigeren Grund der Impotenz zu zählen, da nach ausdrücklicher Vorschrift [3]) in Uebereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen über Rechtsgeschäfte das Recht, auf Annullirung der Ehe zu dringen, demjenigen versagt wird, der bei ihrer Eingehung das physische Unvermögen des andern Theiles kannte.

Die Impotenz ist als ein Grund der Ehetrennung speciell hervorgehoben in art. 8. tit. 11. P. II. Stat.

"Trennung oder Scheidung der Ehe wird nicht zugelassen, es sey denn ... oder daß der eine unter ihnen zum Ehestande untüchtig befunden." [4])

---

[1]) Cap. 15. 28. X. de sponsal. (4, 1.) cap. 2. X. de eo qui dux. (4, 7.)

[2]) Vergl. Eichhorn Kirchenrecht Bd. 2. S. 352—355.

[3]) Cap. 4. X. de frigidis (4, 15).

[4]) Daß diese Impotenz nur eine relative in Beziehung auf den andern Ehegatten zu seyn brauche, ist anerkannt in S. H. c. mar. 15. Nov. 1850: "Da sich aus dem Gutachten der Herren Physici, zusammengehalten mit den eigenen Erklärungen des Beklagten und dem der Klage anliegenden ärztlichen Zeugnisse mit der in solchen Verhältnissen genügenden Evidenz ergibt, daß der Beklagte zur Zeit der Eingehung seiner Ehe und bis jetzt nicht im Stande gewesen, den coitus mit der Klägerin gehörig zu vollziehen, dem-

Die Fälle, in welchen wegen dieses Grundes eine Klage auf Ehetrennung erhoben wird, sind auch bei uns nicht ganz selten. Bei der Irrelevanz des Geständnisses und der Unzulässigkeit der Eideszuschiebung muß der erforderliche Beweis regelmäßig durch eine Besichtigung und Begutachtung von Sachverständigen versucht werden, für welche entweder die Physici, oder auch andere Aerzte vorgeschlagen werden. Bei Admission derselben wird zugleich der beklagte Theil gerichtlich verpflichtet, sich der erforderlichen Besichtigung durch dieselben zu unterwerfen. Nach gemeinem Recht sollen, wenn die Begutachtung das behauptete Unvermögen als zweifelhaft darstellt, beide Ehegatten sich noch einer dreijährigen Probezeit unterziehen und nach deren Ablauf ihr Vorgeben eidlich bestärken, sofern der Beklagte der Impotenz geständig ist, wogegen, falls er dieselbe bestreitet, die klagende Parthei zum Erfüllungseide zugelassen werden soll. [1] Die Anwendung dieser Vorschriften ist durch die hiesige Praxis weder bestätigt, noch widerlegt. Dagegen wird durch letztere die Streitfrage, ob die fortdauernde Impotenz auch nach längerem Bestande der Ehe noch als Annullationsgrund geltend gemacht werden könne? bejahend entschieden.

A. c. mar. 23. December 1844. (Die Ehe hatte bei Anstellung der Klage schon 6 Jahre lang bestanden). "Da die bei einem Ehegatten erst während der Ehe eintretende Impotenz ohne Einfluß auf das Fortbestehen der ehelichen Verbindung bleibt, andererseits aber auch das Recht, wegen der schon zur Zeit der Eingehung Statt findenden Unfähig-

---

nach dessen relative Impotenz in Bezug auf die Klägerin für erwiesen zu achten ist, eine solche relative Impotenz aber, auch nach der ratio unserer statutarischen Gesetzes-Vorschriften, zur Lösung der Ehe für genügend angesehen werden muß . . . daß die Ehe der Klägerin mit dem Beklagten für nichtig zu erklären und zu annulliren sey." (Im Obergericht bestätigt).

[1]) L. 10. Cod. de repud. Nov. 22. cap. 6. can. 2. caus. 33. qu. 1. cap. 1. 5. 7. X. de frigidis.

keit auf Trennung der Ehe zu dringen, hinsichtlich seiner Geltendmachung nicht auf die ersten Monate beschränkt ist, indem die Bestimmung des dafür angeführten cap. 1. X. de frigidis mit der hiesigen statutarischen Vorschrift und Praxis nicht übereinstimmt: daß Klägerin in 14 Tagen s. p. desert. darzuthun schuldig, daß Beklagter schon zur Zeit der Eingehung ihrer Ehe mit ihm zur Vollziehung des Beischlafs unfähig gewesen sey."

Beiläufig ist noch zu bemerken, daß die Practica multiplex zur Abweisung eines Ehemannes geführt hat, der sich über den unnatürlich starken Geschlechtstrieb seiner Frau beklagte:

A. c. mar. 18. März 1850. "Da die angeführte Unversöhnlichkeit der Parteien, eben so wie die Behauptung des Beklagten, daß er dem unnatürlichen Geschlechtstriebe der Klägerin nicht genügen könne, keinen gesetzlich anerkannten Grund zur gänzlichen Ehescheidung bildet."

Eben so erging es einer Ehefrau, welche durch ein ärztliches Attest nachwies, daß die Krankheit, an der sie gelitten, die Folge übermäßigen Beischlafs gewesen sey, daß ihr Mann an einer salacitas leide, die für ihre Gesundheit schon gefährlich geworden sey, und daß eine Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft unter diesen Umständen auch für ihr Leben gefährlich werden könne:

B. c. mar. 23. Mai 1842. "Da der von der Klägerin angeführte Ehescheidungsgrund durchaus nicht zu den in den Gesetzen angenommenen gehört, hier auch um so weniger zu beachten seyn würde, weil die Frau geständlich von ihrem Manne getrennt lebt, und deshalb höchstens eine Verlängerung dieser temporären Trennung auf die von der Klägerin angegebenen Thatsachen gegründet werden könnte: daß Klägerin mit ihrer Klage abzuweisen sey." (Im Obergericht confirmirt.)

Dagegen hat in einem Falle, wo das Niedergericht die klagende Ehefrau abwies, das Obergericht die schon vor der Ehe vorhandene und später zum Stumpfsinn entwickelte An-

lage zu unheilbarer Epilepsie unter den wesentlichen, die Ehetrennung rechtfertigenden Irrthum subsumirt. [1])

Der körperlichen Beschaffenheit steht in diesem Punkte der sittliche Charakter keineswegs gleich; ein Irrthum darüber gilt so wenig als wesentlich, daß selbst grobe vor der Ehe begangene Verbrechen dem anderen Theile bei uns nicht das Klagerecht auf Annullirung geben.

Jenckel c. mar. 10. April 1835. Da eine vor Eingehung der Ehe von dem einen der Ehegatten erlittene Strafe nicht zu den gesetzlichen Scheidungsgründen gehört, da eine solche auch nicht gleich einer während der Ehe eintretenden Strafe, nach der Analogie der maliliosa desertio behandelt werden kann; da es auch die eigene Schuld der Klägerin war, wenn sie sich nach den Verhältnissen ihres Ehegatten vor Eingehung der Ehe nicht erkundigt hat: daß Klägerin mit ihrer Klage auf gänzliche Trennung der Ehe abzuweisen sey.

Meyer c. ux. 5. November 1847. Da die angeblich von der Beklagten vor ihrer Verheirathung mit dem Kläger erduldete infamirende Strafe selbstverständlich keinen Grund für die Auflösung der später geschlossenen Ehe bilden kann.

Unser Stadtrecht erlaubt aber ferner ausdrücklich die Annullirung der Ehe, wenn nach deren Vollziehung der Mann erfährt, daß die Frau vorher von einem Dritten geschwängert worden war.

Art. 6. tit. 11. P. II. Stat. "Wenn eine Jungfrau vor der Ehe darin sie mit ihrem Ehemanne getreten, von einem

---

[1]) Obergericht in S. H. c. mar. 11. Juli 1828. Daß das niedergerichtliche Erkenntniß vom 23. Mai d. J. noch zur Zeit auszusetzen und dagegen der Klägerin der Beweis dahin nachzulassen, daß die Epilepsie oder die entschiedene Anlage dazu bei dem Beklagten schon vor der Ehe stattgefunden und jetzt, bei angeblich eingetretenem Stumpfsinn, auf Heilung nicht zu hoffen sey, wobei es ihr nachgelassen wird, sich das Gutachten Dom. Physicorum zu diesem Behuf zu erbitten, und solches in judicio zu produciren. Gries Commentar Th. 2. S. 24. Note.

Andern geschwängert ist, davon der neue Ehemann keine Wissenschaft gehabt, sondern sobald er solches nach gehaltener Hochzeit beständig erfahren, sich ihrer ehelichen Gemeinschaft enthalten hat und auf die Entscheidung beharrlich dringet, auch aus gefassetem Eifer sich zu der Aussöhnung nicht will bewegen lassen; so kann ihm auch solche Entscheidung nicht verweigert werden."

Hierdurch ist also eine gemeinrechtliche Controverse entschieden, und es fragt sich nur, ob zur Anwendung des Gesetzes eine wirkliche Schwängerung erforderlich sey, [1] oder ob das Nämliche auch von der bloßen Defloration gelten müsse? Das Canonische Recht hat den Irrthum hinsichtlich der Virginität für unwesentlich erklärt, [2] und diesem folgen auch diejenigen katholischen Kirchenrechtslehrer, welche für den Fall der Schwängerung etwas Anderes statuiren. Die Protestanten dagegen berufen sich für das Impediment der mangelnden Jungferschaft theils auf das mosaische Recht (5. B. Mos. Cap. 22. V. 13) theils sogar auf den Ausdruck "Hurerei" in Ev. Matth. Cap. 19. V. 9, unter welchem nicht allein der Ehebruch, sondern zugleich eine schon vor der Ehe begangene Unzucht verstanden werden könne. [3] Für eine demgemäße Interpretation unseres art. 6 spricht theils der Umstand, daß in den Kirchenordnungen, welche bei seiner Abfassung ersichtlich vorgelegen haben, [4] promiscue von Geschwängerten und

---

[1]) Wie von Graffen Diss. de eo quod justum est circa matrimonia § 32 behauptet.

[2]) Can. un. c. 29. qu. 1. "Qui ducit in uxorem meretricem vel corruptam, quam putat esse castam vel virginem, non potest eam dimittere et aliam ducere." cap. 25. X. de jurejur. (2,24.) "Si vir mulieri jurasset quando contraxit cum illa, quod eam semper pro legitima uxore teneret, pro fornicatione quam mulier antea commisisset, non potest eam dimittere."

[3]) Böhmer Jus eccl. Prot. lib. 4. tit. 5. § 2. Schott Eherecht § 89. Glück Commentar Th. 22. S. 438.

[4]) Insbesondere die Mecklenburgische Consistorial-Ordnung von 1570 cap. 8. ("Wann einer eine für Jungfrau nehme, so vorhin von

Geschwächten geredet wird, theils die Vergleichung mit art. 28. P. IV. Stat., wo gleichfalls die Ausdrücke "fleischlich erkennen, beischlafen und schwängern" ohne weitere Distinction neben einander gebraucht werden. Dieser Ansicht sind auch die Commentatoren Müller und Gries zu dem art. 6.

Daß der Ehemann, um die frühere Schwängerung der Frau als Nullitätsgrund geltend zu machen, weder ausdrücklich, noch stillschweigend, namentlich durch Concumbiren, auf dieses Recht verzichtet haben müsse, ist in dem Artikel selbst angedeutet und in folgendem Rechtsfall anerkannt:

Jacobsen c. ux. 5. Nov. 1841. "Da Kläger die Thatsache, welche er seiner jetzigen Ehescheidungsklage zum Grunde legen will, nämlich daß seine Ehefrau schon vor der Ehe zwei uneheliche Kinder geboren, seiner eigenen Darstellung nach bereits acht Tage nach Schließung der Ehe erfahren hat, da er nichtsdestoweniger, ohne deshalb gerichtliche Schritte zu thun, noch geraume Zeit, etwa drei Monate lang, mit ihr in der gemeinschaftlichen Wohnung zusammenlebte, und mithin, wenn er auch behauptet, von Anfang an mit ihr nicht concumbirt zu haben, doch nichts that, um der, seiner jetzigen Ausführung zufolge, wegen seines wesentlichen Irrthums hinsichtlich der Persönlichkeit der Beklagten obwaltenden Ungültigkeit der eingegangenen Ehe rechtliche Anerkennung zu verschaffen; da er ferner bei dem, seiner replicarischen Anführung zufolge, von Seiten seiner Ehefrau gegen ihn angestellten Verfahren auf Trennung zu Tisch und Bett die Ungültigkeit der Ehe nicht opponirte, vielmehr einräumt, daß auf diese Procedur seiner Ehefrau wirklich eine Scheidung zu Tisch und Bett erfolgt ist; da er endlich, auch nachdem die Beklagte seine Wohnung verlassen, noch mehr als acht Monate lang mit

---

einem anderen geschwechet ist") und Brandenburgische Consist. und Visit. Ordnung von 1573 (tit. de errore qualitatis. Wann einer eine Geschwechte vor eine Jungfrau bekommt.) Bei Richter die evangelischen Kirchenordnungen Bd. 2. S. 329. 382.

Anstellung der gegenwärtigen Klage gezögert hat; da nach diesem Allen der klagende Ehemann auf die aus dem angeblichen Irrthum hinsichtlich der Person der Beklagten ihm erwachsenen Rechte schon vor Erhebung der gegenwärtigen Klage verzichtet hat, oder doch nach seiner angegebenen Handlungsweise als ein Verzichtender in der Art anzusehen ist, daß es ihm jetzt nicht mehr gestattet werden kann, auf eine Annullirung der Ehe aus jenem Grunde zu klagen: daß Kläger mit seiner Klage ab und zur Ruhe zu verweisen sey.

Da indessen jeder Verzicht die Kenntniß des Umstandes voraussetzt, welcher die zustehende Befugniß begründet, so konnte, nach dem Ausspruch des Obergerichts, der frühere Fehltritt der Frau noch zur Vernichtung einer Ehe benutzt werden, welche bereits zwölf Jahre lang bestanden hatte.

Meyer c. ux. Niedergericht 5. Nov. 1847. Da auf den vom Kläger behaupteten Umstand, daß er, nachdem die Ehe mit der Beklagten seit 1835 bestanden hat, erst jetzt erfahren habe, daß die Beklagte schon einmal außerehelich geboren habe, der art. 6. tit. 11. P. II. Stat. überall keine Anwendung finden kann, indem dieser Artikel vielmehr voraussetzt, daß der Ehemann sogleich nach geschlossener Ehe die frühere Entehrung seiner Frau geltend mache.

Dagegen Obergericht 18. Februar 1848. Da der vom Kläger für die von ihm beantragte Ehescheidung principaliter in Bezug genommene art. 6. tit. 11. P. II. Stat. nur verlangt, daß der Ehemann die frühere Entehrung seiner Ehefrau, sobald er solche nach gehaltener Hochzeit beständig erfahren, geltend mache, und somit, da Kläger behauptet, den Umstand, daß die Beklagte vor ihrer Verheirathung schon einmal außerehelich geboren habe, erst in der letzteren Zeit in Erfahrung gebracht und sich seitdem ihrer ehelichen Gemeinschaft enthalten zu haben, hier event. allerdings zur Anwendung kommen würde, da es jedoch in dieser Hinsicht vor Einleitung eines desfallsigen Beweisverfahrens annoch auf eine vorgängige nähere Angabe der Zeit, wann Kläger

den fraglichen Umstand zuerst erfahren haben will, ankommt; daß das niedergerichtliche Erkenntniß a quo vom 5. November v. J., so viel die Verwerfung des principalen auf den art. 6. cit. basirten Klagfundamentes betrifft, wieder aufzuheben.

6. Zuletzt ist noch das Impediment der mangelnden elterlichen Einwilligung nach Anleitung unserer Rechtsquellen zu erwähnen. Einige hierauf bezügliche Verfügungen enthält schon das älteste Stadtrecht von 1270. X. 8, welcher Artikel in die mittleren Recensionen (Stat. von 1292. E. 17. von 1497. I. 1) fast wörtlich übergegangen, in dem Statut von 1603 aber weggelassen ist. Dort wird den Eltern, so lange sie beide am Leben sind, die Macht eingeräumt, über ihre Kinder zu bestimmen, sie entweder ins Kloster zu geben (dies ist schon 1292 weggelassen) oder sie, seyen es Töchter oder Söhne, zu verheirathen. Nach dem Tode des einen Gatten durfte der überlebende ohne Genehmigung der nächsten Verwandten von Vater- und Mutterseite keine Jungfrau oder Wittwe, "uppe de gud verstorven is" und keinen Sohn vor erlangter Mündigkeit verheirathen. Tritt Jemand, auf welche Gut verstorben ist, ohne den vorhin erwähnten Consens der nächsten Verwandten in die Ehe, so fällt diesen sein Gut zur Strafe anheim, halb der väterlichen und halb der mütterlichen Seite. Der Gesichtspunkt dieser Vorschrift ist also theils ein elterliches mundium, dessen Wirksamkeit scheinbar noch weiter geht als die römische potestas [1]), theils die Rücksicht auf das Interesse der Verwandten, insofern sie Anwartschaft auf das Erbgut hatten, die ihnen durch die Folgen der einzugehenden Ehe entzogen oder geschmälert werden könnte. Deshalb soll Derjenige, der ohne Zustimmung der nächsten Verwandten eine Ehe eingeht, sein etwaiges Erbgut an eben diese nächsten

[1]) L. 13 D. de sponsal. "Filio familias dissentiente sponsalia nomine ejus fieri non possunt." L. 12. C. de nupt. "Nec filium quidem familias invitum ad uxorem ducendam cogi, legum disciplina permittit."

Freunde verlieren. [1]) Uebrigens ist von Nullität einer ohne Consens der Eltern oder nächsten Verwandten geschlossenen Ehe noch nirgends die Rede. Das Stadtrecht von 1270. X. 4 enthält vielmehr nur die (in den späteren Recensionen weggelassene) Vorschrift, daß eine Tochter oder Nichte, die sich mit ihrer Einwilligung entführen läßt, keinen Rechtsanspruch an das Gut ihrer Eltern und Verwandten haben soll.

Die nächstfolgende gesetzliche Verfügung hierüber findet sich in der Bursprake Thomae (von 1596) art. 20. [2])

"Heemelike Verlöffnisse verbaden. Dewyle ock verspöhret wert dat lichtferdige Persohnen, junge Gesellen, Jungfrouwen unde Wedewen, so eere Oelderen edder nögesten Blodesverwandten Gehorsahm na vermöge godelikes Gebots unde Verordeninge gemeener beschrevenen unde natürlicken Rechte underworven syn, sick understaen ohne Weten, Willen unde Vulbort eerer leven Oelderen edder nögesten Bloot-Fründen hemeliker Wyse ünder eenander tho verlaven unde tho vertrouwen, unde averst solcke hemelicke meuchelische Verlawinge unde Vertrouwinge, also de nich alleene den Oelderen tho grooten Schmerten, Verdreeth unde Beschweringe, sündern oock den Persohnen sülvest herna tho grooten Unheil, Unglück unde Verderff, wi offtmahls leyder! befunden, deit gereecken, dörch heilsahme Verordeninge der gemeenen beschrevenen Rechten unde ook düsser löffliken Stadt-Rechte uthdrückliken verbaden; derowegen will E. E.

---

[1]) Von einer anderen ratio geht das römische Recht aus, nach welchem auch, wenn eine emancipirte minderjährige Wittwe eine zweite Ehe eingehen will, der Consens des Vaters und nach dessen Tode der nächsten Verwandten erfordert wird. L. 18. C. de nuptiis. "Sed ne forte hi, qui gradu proximo ad viduarum successionem vocantur, etiam honestas nuptias impediant, si hujus rei suspicio praecesserit, eorum volumus auctoritatem judiciumque succedere, ad quos, etiamsi fatalis mors intercesserit, tamen hereditatis commodum pervenire non possit."

[2]) Nach meinem Manuscript. In dem Abdruck bei Lünig Reichsarchiv pars. spec. pag. 1094 sq. ist es cap. 22.

Raht mede sündrigem Ernste manderet unde gebaden hebben, dat een Ider sick sulcker verbadenen straffbahren Handelinge henfödder entholde, by Poen unde Strafe in düsser Stadt Rechten statueret unde verordnet, unde schall solcke hemelicke Verbindinge vör keene Ehe geachtet, noch gestadet werden."

Hier wird wegen der Bestrafung einer ohne Consens der Eltern oder nächsten Verwandten geschlossenen Ehe auf das Stadtrecht verwiesen, worunter der im Stat. von 1497 I. 1 gedrohete Vermögensverlust zu verstehen ist. Die Pflicht zur Einholung jenes Consenses wird aber jetzt aus dem Gehorsam deducirt, welchen die Kinder ihren Eltern oder nächsten Blutsverwandten nach göttlichem Gebot, so wie nach geschriebenem und natürlichem gemeinen Recht schuldig seyen. Ueberdies soll eine solche heimliche Verbindung für keine Ehe geachtet, noch dieselbe gestattet werden; sie wird also, im Widerspruch mit dem Interim Karls V. von 1548, für nichtig erklärt.

Daran schließen sich die ersten Artikel tit. 11. P. II. des nur 7 Jahre nach der letzten Redaction der Bursprake verfaßten Stadtrechts von 1603.[1]) Man braucht schwerlich mit Gries[2]) anzunehmen, daß die Statuten das in der Bursprake aufgestellte Princip wieder aufgegeben hätten, indem sie zwar den Kindern zur Pflicht machen die Ein-

---

[1]) Art. 2. "Weil vermöge göttlicher, natürlicher und weltlicher Rechte der Eltern Beliebung und Vollbort zu der Kinder Ehe nöthig, so sind auch die Kinder der Eltern Consens aus schuldigem Gehorsam zu erfordern pflichtig und verbunden." Art. 3. "Da nun der Sohn und Tochter unter 25 Jahren ohne der Eltern Bevollbortung eigenes Willens sich an eine unberüchtigte Person befreyen würden, auf den Fall soll dem Vater frei stehen, den Brautschatz ihnen zu weigern, auch im Testament, über die legitimam, nichts zu verordnen. Da aber der Vater in dem Testament dieses Ungehorsams nicht würde gedenken, sondern stillschweigend vorbeigehen, auf den Fall wird solcher Sohn oder Tochter, seinen anderen Schwestern und Brüdern gleich, zu den nachgelassenen Gütern admittirt und zugelassen.

[2]) Commentar Th. 2. S. 7.

willigung der Eltern einzuholen, jedoch an die Nichtbeobachtung nichts weiter knüpften, als daß der Vater keinen Brautschatz zu geben, und dem Kinde nicht mehr als den Pflichttheil zu hinterlassen brauche. Der art. 2 spricht nämlich im Allgemeinen die Pflicht zur Einholung des elterlichen Consenses aus, ohne hier über die rechtlichen Folgen der Unterlassung etwas zu erwähnen, aber mit fast denselben Worten wie die Bursprake.[1]) Der erste Artikel nennt unter den Requisiten einer "rechten Ehe" die Bevollbortung der Eltern gleichmäßig wie den freien Willen und den unverbotenen Verwandtschaftsgrad, deren Gegentheil die Ehe unzweifelhaft nichtig macht.[2]) Es läßt sich nicht präsumiren, daß das Statut sich mit der erst kurz vorher neu redigirten Bursprake hätte in Widerspruch setzen, und deren Bestimmungen stillschweigend abrogiren wollen; denn die letztere wird noch vielfach in dem gleichzeitigen Receß von 1603 erwähnt, wo Stadtbuch, Receß und bewilligte Bursprake neben einander genannt, und als Quellen des geltenden Rechts sanctionirt werden.[3]) Ein Bedenken

---

[1]) Die Bursprake bildet auch sonst die Quelle mehrerer Artikel des Statutes, namentlich im vierten Theile der art. 11. 12. 13. 50. 54.

[2]) Wenn Gries l. c. S. 3. 4 bemerkt, nicht Alles was nicht recht, d. h. den gesetzlichen Vorschriften nicht gemäß sey, müsse deshalb auch ungültig seyn, so hat er doch zugleich selbst darauf aufmerksam gemacht, daß man bei Abfassung des art. 1. den Anfang des tit. Inst. de nuptiis vor Augen gehabt habe, und dort schließt die Aufzählung der gesetzlichen Ehérequisite mit § 12. "Si adversus ea quae diximus aliqui coierint, nec vir nec uxor nec nuptiae nec matrimonium nec dos intelligitur."

[3]) Vergl. art. 3. 8. 10. 28. 36. 72. 75 des Recesses von 1603. Der Hauptreceß von 1712 art. 8 verordnete eine "Revidirung und ad statum praesentem zu accomodirende Einrichtung der größtentheils per desuetudinem aut leges posteriores aufgehobenen Bursprachen." Da diese Revision nie geschehen, hingegen die jährliche öffentliche Verlesung bis 1810 fortgesetzt ist, so dürfte sich hinsichtlich solcher Artikel der B., welche nicht durch spätere Gesetze abgeändert oder erweislich in desuetudinem gerathen sind, deren Gültigkeit noch jetzt vertheidigen lassen.

entsteht freilich aus dem art. 3, falls man annehmen wollte, daß die rechtlichen Folgen der Uebertretung der vorherigen Vorschrift darin vollständig aufgezählt werden sollten. Allein dann würde man plötzlich auf ein Extrem der Milde und Gedankenlosigkeit übergesprungen seyn, sofern, während andere Provinzialgesetze die Strafe der Enterbung für diesen Fall festgesetzt haben, [1]) der Vater (— von der Mutter ist gar nicht die Rede —) nur zur Vorenthaltung des Brautschatzes und das ungehorsame Kind auf den Pflichttheil in seinem Testamente zu setzen [2]) befugt seyn sollte. Als ob das gehorsamste Kind einen Rechtsanspruch auf mehr als den Pflichttheil hätte? Man darf jedoch die Worte "sich an eine unberüchtigte Person befreyen würden" um so weniger übersehen, da dieselben sich in der Nürnberger Reformation nicht finden. Gleichwie nämlich der elterliche Consens, sofern er ohne triftige Gründe verweigert wird, obrigkeitlich supplirt werden kann, [3]) so wird desgleichen die einmal eingegangene Ehe nur dann für nichtig zu erklären seyn, wenn die Eltern rechtmäßige und vernünftige Gründe anführen, weshalb sie auf Annullation der ohne ihren Consens geschlossenen Verbindung dringen; die wichtigsten und häu-

---

[1]) Die Enterbung wird in art. 29. tit. 1. P. III. Stat. nach der Nürnberger Reformation und Nov. 115. cap. 3 auf den Fall beschränkt: "so eine Tochter oder Enkelin über daß die Eltern nach ihrem Vermögen sie mit ehrlichen Heyrathen versehen wollen, denselben nicht gefolgt und sich in ein unzüchtig sündlich Leben begeben hätte."

[2]) Daß die Worte "über die legitimam nichts zu verordnen" so (supra legitimam) zu verstehen sind, und nicht etwa für diesen Fall eine stillschweigende Präterition erlauben wollen, wird aus der Nürnberger Reformation evident ("ein merers dann die legitima zu verschaffen nit schuldig") und ist auch nie bezweifelt. von der Fecht im Thesaurus jur. prov. & stat. tom. 1. p. 929. von Graffen Diss. cit. § 21 ("ad legitimam usque exheredare.")

[3]) Vergl. die Correctionen von U. Winkel zu art. 2. tit. 11. p. II. in der Ausgabe von 1842.

figsten Gründe werden aber solche seyn, die sich auf den Charakter und Lebenswandel des Schwiegerkindes beziehen, in welchem Fall selbst der art. 3 nach dem Argument e contrario für die Cassirung der Ehe mit einer übel berüchtigten Person spricht. Erscheinen dagegen die angeführten Gründe nicht erheblich genug, um die einmal geschlossene Ehe wieder aufzulösen, so kann dann doch die Verweigerung des Brautschatzes als Ungehorsamsstrafe eintreten.

Dagegen scheint der art. 3 die Nothwendigkeit der Einholung des elterlichen Consenses an ein bestimmtes Alter zu knüpfen, und dieselbe bei Söhnen und Töchtern bis zum 25. Jahre zu verlangen. Während nach Römischem Recht emancipirte Kinder den Consens des Vaters im Allgemeinen nicht bedürfen,[1]) und nur die emancipirte minderjährige Tochter vor dem 25. Jahre seinen, oder nach seinem Tode den Consens der nächsten Verwandten einholen mußte,[2]) erstreckt sich das deutschrechtliche mundium weiter, und sofern dabei mehr auf die Pflicht kindlicher Ehrerbietung als auf die patria potestas gesehen wurde, erklärt es sich, daß nach einigen Provinzialgesetzen die Einwilligung der Eltern von den Kindern ohne Unterschied des Alters nachgesucht werden sollte. Die Nürnb. Reformation von 1564 (tit. 28. Ges. 9.) verfügt darüber: "Die Kinder, die noch in Gewalt und Fürsehung der Eltern steen, sollen sich on oder wider derselben ihrer Eltern Willen nit verheirathen, nemlich der Sun seines Alters under 25 und die Tochter under 22 Jahren." Nachher ist ihnen ausdrücklich gestattet, sich selbst (d. h. ohne Rücksicht auf elterliche Einwilligung) zu verehelichen. (Tit. 29. Ges. 4.) Dieser Termin von 25 und 22 Jahren ist eine Singularität, denn nach dem Nürnberger Recht (tit. 39. Ges. 1. 11.) dauert die Unmündigkeit bis zu 14 und 12, die Minderjährigkeit bis zum vollendeten 18. Jahr. — Der Hamburgische art. 3 hat

---

[1]) L. 25 D. de ritu nupt. "Emancipatus filius etiam sine consensu patris uxorem ducere potest."

[2]) L. 18. 20 C. de nuptiis.

gleichfalls den Termin von 25 Jahren adoptirt, jedoch ohne die Stufe von 22 Jahren für Frauenzimmer. Derselbe fällt daher mit der Römischen Volljährigkeit zusammen, ist jedoch auch bei uns schon nach dem Statut ein ganz singulärer, da nach diesem (art. 1. tit. 9. P. I.) Knaben unter 18 Jahren und alle Frauen und Jungfrauen unmündig gehalten werden. Gleichwie dieser Termin von 25 Jahren auch von der neueren Praxis als Gränzpunkt anerkannt wird, [1]) so zeigt andererseits ein Senatserkenntniß von 1741, [2]) daß, übereinstimmend mit dem gemeinen Recht, der elterliche Consens ausnahmsweise dann noch als erforderlich gelten muß, wenn ein mehr als 25jähriger Sohn noch als filius familias zu betrachten ist. Weiter wollte das Project der Eheordnung von 1710 gehen, und namentlich die Nothwendigkeit der elterlichen Einwilligung durch kein bestimmtes Alter der Kinder begränzt wissen. [3])

Nachdem am 16. Juni 1676 ein "Mandat, daß niemand zu den verbotenen Eheberedungen junger Leute Rath noch That geben soll," erlassen war, [4]) so wurde durch Rath und Bürgerschluß vom 21. September desselben Jahres das "Edictum poenale gegen die Verkuppelung und Entführung der Weiber, Jungfrauen und Unmündige" beliebt. [5]) Nachdem

---

[1]) Vergl. das bei Gries Commentar Th. 2. S. 13. Note abgedruckte Erkenntniß in S. Meyer c. Ahrndt vom 5. Januar 1829.

[2]) Bei Klefeker Bd. 4. S. 46.

[3]) "Es sollen keine Söhne oder Töchter, weß Alters sie auch sind, ohne Vorwissen ihrer Eltern, und die an deren Statt, sich zu verloben befugt und mächtig seyn, und wenngleich solches geschehe und wider der Eltern Wissen und Willen gar die Trauung oder fleischliche Vermischung erfolget, soll doch Alles als heimlich und folgbar unbündig gehalten werden. Und sind bei so gestalten Sachen Eltern und die an deren Statt nicht schuldig, dergleichen Ungehorsame für ihre Kinder zu achten, sondern können, wo keine Satisfaction und Versöhnung erfolget, mit ihren Gütern eigenes Gefallen disponiren."

[4]) Sammlung der Mandate Th. I. S. 330.

[5]) Abgedruckt im Anhange zu der König'schen Ausgabe des Stadtrechts.

im Eingange neben dem gemeinen Recht auf hiesiges Stadtrecht, Receß und die jährlich abgelesene Bursprache verwiesen, worin klar disponirt sey, daß eine solche Verlobung und Trauung für keine Ehe geachtet noch gestattet werden solle, so soll diese heilsame Verordnung durch ein "verpönisirtes Verbot erneuert, erklärt und geschärft werden. Dafern Jemand eine getraute oder ungetraute Person, Eheweib, Wittwe, Jungfrau, von was Jahren oder Qualität er oder sie auch seyn mögen, ohne Vorwissen, Willen und völlige Beliebung der Eltern, Vormünder oder nächsten Blutsverwandten, beides von Vater und Mutter, in Ehegelöbniß zu ziehen sich unterfangen, und selbe ... entführen und sich trauen lassen würde; daß solche Handlung, obgleich die Partheien sich eidlich verknüpfet, als an sich nichtig, kraftlos und von keinen Würden, auf summarisches Anrufen sofort dafür erkläret und für keine Ehe geachtet noch gehalten, sondern als zu Rechte und dieser Verordnung nach ungültig und unbündig cassiret und das Gelübde vernichtet werden soll." [1]) Wenn man auch mit Gries annehmen will, daß der polternde Wortschwall dieses Gesetzes eine eigentliche Entführung nicht unbedingt voraussetze, so würde dasselbe doch für den hier in Betracht kommenden Punkt nur die Neuerung enthalten, daß auch Frauenzimmer über 25 Jahren für die Gültigkeit ihrer Ehe den Consens der Eltern bedürfen. Hinsichtlich der Söhne verbleibt es daher bei der statutarischen Bestimmung und deren oben versuchter Auslegung. [2])

Die Vormundschaftsordnung von 1831 verfügt im art. 58: der von den Vormündern ohne hinlänglichen Grund verweigerte Consens in die Ehe des Pupillen könne, wie bisher, vom Obergerichte ergänzt werden, und setzt dann hinzu: "Dasselbe kann eintreten, wenn Eltern ihren minderjährigen Kindern

---

[1]) Ein Präjudicat von 1719 mit Bezugnahme auf dieses Pönal-Edict ist bei Klefeker Bd. 4. S. 47. 48 abgedruckt.

[2]) Damit stimmt auch ein bei von Graffen Diss. cit. p. 38. note V angeführtes Erkenntniß der Leipziger Facultät überein.

ihre Einwilligung zu einer Heirath versagen." Man wird dies nicht so verstehen dürfen, als sey der Consens (und mithin dessen Supplirung im Fall der Verweigerung) bei volljährigen Kindern stillschweigend für unnöthig erklärt, und eben so wenig als sey die Supplirung bei volljährigen unzulässig, sondern nur dahin, daß dieselbe, sofern sie erforderlich ist, in diesem Fall beim Senat als Dispensation nachgesucht werden müsse. [1]) Endlich steht das Recht des Einspruchs gegen die Verheirathung nur den leiblichen Eltern zu; [2]) der Stiefvater hat, wie das Oberappellationsgericht ausführt, [3]) ein solches Recht auch dann nicht, wenn er das Stiefkind geeinkindschaftet, sondern nur, wenn er dasselbe förmlich adoptirt hat.

## § 3.

## Ehebruch.

Indem die Reformatoren eine völlige Trennung des ehelichen Bandes aus bestimmten Gründen für zulässig erklärten, [4]) beriefen sie sich für diese Lehre auf den Ausspruch Christi über eine Streitfrage zwischen den Schulen von Schammai und Hillel.

---

[1]) Eben so Gries Commentar Th. 2. S. 20.

[2]) Vergl. Klefeker Bd. 4. S. 52.

[3]) Entscheidungsgründe in S. Büttner c. Leinß vom 13. November 1845. Sammlung der Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts Bd. 1. S. 518—525.

[4]) Bekanntlich hat Luther seine Ansicht über diese Frage mehrfach geändert. Noch im Jahr 1519 schrieb er in dem Sermon vom ehelichen Stande: "Gleichwie die Taufe, also ist auch der eheliche Stand ein Sacrament." Drei Jahre später erklärte er in der Predigt vom ehelichen Leben: "Die Ehe ein äußerlich leiblich Ding ist, wie andere weltliche Handthierung." Im Jahr 1525 beschränkt er die Scheidung auf den Fall des constatirten Ehe-

Ev. Matth. C. 19, V. 9. "Ich aber sage euch, wer sich von seinem Weibe scheidet, es sey denn um der Hurerey willen, und freyet eine andere, der bricht die Ehe. Und wer die Abgeschiedene freyet, der bricht auch die Ehe."

Als unbestrittener Inhalt dieser Stelle ist in das protestantische Kirchenrecht der Satz aufgenommen, daß der Beischlaf eines Ehegatten mit einer dritten Person dem andern Gatten das Recht gebe, auf gänzliche Scheidung wegen Ehebruch zu klagen. In Uebereinstimmung mit dem Canonischen Recht [1]) wird hierfür die von dem Manne, wie von der Frau begangene Unzucht gleichmäßig behandelt. Demgemäß verfügt art. 8. tit. 11. P. II. der Hamb. Statuten:

"Trennung oder Scheidung der Ehe wird nicht zugelassen, es sey denn, daß der eine an dem andern ehebrüchig worden, oder 2c. 2c." [2])

Wir wenden uns sofort zu der Ausbildung, welche diese Vorschrift in der practischen Anwendung gefunden hat. Wenn unstreitig ein Beischlaf hierbei nicht in Betracht kommen kann, welchem das Moment des Treubruches fehlt, weil er durch Nothzucht oder Schändung wider Willen herbeigeführt oder durch wirklichen Irrthum in der Person veranlaßt wurde, so könnte andererseits gefragt werden, weshalb ein Bruch der ehelichen Treue nur in jener gröbsten Art ihrer Verletzung von Wirksamkeit seyn soll? In der That verläßt man schon hier den Standpunkt des Christenthums, dessen Stifter lehrte:

---

bruchs. Predigt von dem Ehestande (zu Matth. 19, V. 9): "Das ist auch ein dürrer, klarer und heller Text: der da saget, daß niemand weder durch Aussatz, oder stinkenden Odems willen, oder anderer Gebrechen soll sein Weib verlassen, oder das Weib den Mann, allein von wegen der Hurerei und Ehebrecherei. Denn die Stücke scheiden allein Mann und Weib. Doch muß es vormals, wie zu Recht gebühret, genugsam erwiesen werden, daß Ehebrecherei und Hurerei geschehen sey."

[1]) Can. 2. 3. c. 32. qu. 5. can. 4. 5. c. 32. qu. 6.

[2]) Eine unmittelbare Quelle dieses Artikels, so wie der meisten im Titel von ehelicher Vertrauung, ist bis jetzt nicht aufgefunden.

"Ich aber sage euch, wer ein Weib ansiehet, ihrer zu begehren, der hat schon mit ihr die Ehe gebrochen in seinem Herzen." (Ev. Matth. 5, 28.) Erwägt man jedoch, daß zwischen bloßen Gedanken und Wünschen und jenem anderen Extrem jede positive Gränze rein willkürlich angenommen werden, oder daß dabei Alles dem subjectiven Zartgefühl der jedesmaligen Richter zur Beurtheilung anheimfallen müßte, so wird hier jede schwankende Ausdehnung als sehr bedenklich erscheinen müssen. Auch kann eine solche wenigstens nicht aus dem cap. 12 X. de praesumt., in welchem die Zeugen gesehen hatten, "solum cum sola, nudum cum nuda in eodem lecto jacentem," deshalb gerechtfertigt werden, weil es dem Kläger nicht anzusinnen sey, mit einer Person, die sich schon so weit vergangen hat, ferner in Verbindung zu bleiben. [1]) Denn die Schlußworte "respondemus, quod ex hujus modi violenta et certa suspicione fornicationis potest sententia divortii promulgari" zeigen, daß hier nur eine Vorschrift für die Prüfung des Beweises gegeben, nicht aber der zu beweisenden Thatsache eine andere als entscheidend substituirt werden sollte.

Der Ehebruch in dieser festen und engeren Bedeutung ertheilt dem anderen Gatten nur die Befugniß, auf Scheidung zu klagen. Deshalb wird dieses Klagerecht, abgesehen von dem Einwande, daß der klagende Theil die Untreue des andern im Voraus selbst bewilligt habe, [2]) vornämlich aufgehoben durch die, in Form einer zerstörlichen Einrede geltend zu machende, spätere Verzeihung und durch Compensation.

---

[1]) So Weber Beweisführung S. 122. Note 7. Glück Commentar Th. 26. S. 441.

[2]) L. 47 D. sol. matrim. (24, 3). Cap. 6 X. de eo qui cognovit (4, 13). So wurde in S. Hoffschneider c. ux. 22. October 1849 gegen die Klage auf Scheidung wegen Ehebruch der Beklagten der Beweis ihrer Einrede vorbehalten: "daß der Kläger den obgedachten Ehebruch ausdrücklich oder durch facta concludentia genehmigt habe." Das Obergericht erkannte in dieser Sache am 7. März 1851: Da aus den requirirten polizeilichen Acten hervor-

Die Einrede der Remission, für welche man sich auf cap. 25 X. de jurejur. beruft, kann entweder durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Verzeihung begründet werden, welche letztere insbesondere durch Leistung der ehelichen Pflicht von Seiten des Klägers, wenn er von der Untreue seines Gatten Kenntniß hatte, geschieht. Der Verzicht darf freilich auch hier nicht über die erklärte Willensmeinung ausgedehnt werden; [1]) im Uebrigen folgen auch unsere Gerichte jener gemeinen Praxis:

Seyfarth c. ux. 4. September 1843. "Daß Kläger zu beweisen schuldig, daß die Beklagte ihm die eheliche Treue gebrochen habe; und wird dagegen der Beklagten der Beweis nachgelassen, daß Kläger nach Anstellung der vorliegenden Klage mit ihr (der Beklagten) den Beischlaf vollzogen habe."

Meyer c. mar. 5. Februar 1847. "Da die Klägerin zugiebt, dem Beklagten am 16. August 1839 seinen ersten Fehltritt verziehen zu haben, folglich für die vorliegende Klage nur das in Betracht kommen kann, was Beklagter nach diesem Zeitpunkt begangen hat, da endlich hinsichtlich der etwa von der Klägerin zu erweisenden ehebrecherischen Handlungen aus der Zeit vom 16. August 1839 bis zum Herbst 1841 die beklagtische Einrede der Verzeihung in Berücksichtigung kommt: daß dem Beklagten der Beweis

---

geht, daß der Kläger die Beklagte im Jahre 1846 mehrfach verleitet hat, Ehebruch zu treiben und Vortheil daraus gezogen hat, und ihm daher nicht gestattet werden kann, einen, wenn auch erst später von der Beklagten begangenen Ehebruch als Scheidungsgrund gegen sie geltend zu machen: daß die nachgesuchte Bestätigung des niedergerichtlichen Scheidungserkenntnisses nicht zu ertheilen.

[1]) Seyfarth c. ux. 4. September 1843. Da die Einrede eines Vergleiches nach den desfallsigen factischen Anführungen der Beklagten, die nur auf eine temporäre Vereinigung der Parteien, nicht aber auf einen Verzicht des Klägers auf Fortsetzung der eingeleiteten Klage wegen gänzlicher Ehetrennung schließen lassen, unfundirt erscheint."

vorzubehalten, daß die Klägerin ihm solches Vergehen ausdrücklich oder durch Concumbiren mit ihm, nachdem sie davon unterrichtet war, im Herbst des Jahres 1841 verziehen habe."

Wenn diese remissio tacita sich rationell begründen ließe, so müßte sie mit gleichem Erfolge dem Anspruch aus früheren Streitigkeiten oder Mißhandlungen opponirt werden können. Allein man hat die Berufung darauf gegen den Antrag auf Separation wegen solcher Ursachen für unstatthaft erklärt.

Mantel c. mar. 24. November 1848. "Da der Umstand, daß die Partheien noch in dem, der freiwilligen Trennung voraufgegangenen Monate zu mehreren Malen den ehelichen Beischlaf mit einander vollzogen hätten, hier schon deshalb als völlig irrelevant erscheint, weil die in der Praxis angenommene singuläre Fiction, daß der nach einem begonnenen Treubruche von dem unschuldigen Ehegatten dem schuldigen verstattete eheliche Beischlaf eine stillschweigende Verzeihung des Treubruches enthalte, eine analoge Anwendung auf Fälle anderer Art überall nicht finden kann."

Günstiger urtheilt man bei uns über die Compensations-Einrede wegen eines Ehebruchs des klagenden Theiles; sie würde als sich von selbst verstehend zugelassen werden, auch wenn sie nicht durch mehrere Aussprüche des Canonischen Rechts [1]) sanctionirt, und von der Praxis legitimirt worden wäre.

Rabe c. ux. 2. Juni 1843. "Da es sich von selbst versteht, daß bei einem durch die Beklagte zu erweisenden Ehebruche des Klägers die erhobene Scheidungsklage (wegen Ehebruch der Beklagten) durch die Einrede der Compensation elidirt werden würde."

Bergemann c. ux. 7. Januar 1841. "Da der Kläger in einem öffentlichen Documente eingestanden hat, seinerseits

---

[1]) Can. 1. c. 32. qu. 6. cap. 4. X. de divort. (4, 19.) cap. 6. 7. X. de adult. (5, 16.)

die Ehe gebrochen zu haben, es aber **höchst unpassend** erscheint, wenn Jemand, der ein solches Geständniß abgelegt hat, wenngleich dasselbe zur Trennung der Ehe nicht hinreichend ist, eine Klage auf Ehescheidung anstellen wollte, — daß Kläger mit seiner Klage abzuweisen."

Es wird jedoch nicht für genügend erachtet, daß die beklagte Partei einen von der klagenden begangenen Treubruch in ihrer Vertheidigung einfach erwähnt; sie muß vielmehr unzweideutig kundgeben, daß sie darauf eine wirkliche Einrede zu gründen gemeint sey.

Rohr c. ux. 18. April 1845. "Daß Beklagte sich in 14 Tagen s. p. cont. darüber bestimmt zu erklären habe, ob sie den von ihr behaupteten Ehebruch des Klägers als Compensations-Einrede gegen die Klage geltend machen wolle."

Wenn in diesem Punkte die bei Streitigkeiten über gegenseitige Geldschulden geltenden Regeln volle Anwendung finden, [1])

---

[1]) Auch die erforderliche **Gleichartigkeit** der zu compensirenden Ansprüche darf nicht fehlen, deshalb kann Ehebruch nicht gegen bösliche Verlassung aufgerechnet werden.

Schultz c. ux. Niedergericht 16. Januar 1852. Da in dem eingestandenen und erwiesenen Umstande, daß Beklagte sich als öffentliche Person hat einzeichnen lassen, allerdings eine so dringende Präsumtion für die wirkliche Verletzung der ehelichen Treue gefunden werden muß, daß es auf einen weiteren Beweis des Ehebruches nicht ankommen kann; da aber abgesehen davon, der durch das Ergreifen eines solchen Erwerbes die Beklagte treffende Makel für einen selbstständigen Ehescheidungsgrund nicht erachtet werden darf, und es demnach allerdings noch auf die von der Beklagten vorgebrachte Einrede der Compensation ankommt: — daß der Beweis des klagend behaupteten Ehebruches der Beklagten für hinlänglich geführt zu erklären, die Beklagte aber zu erweisen schuldig, daß der Kläger die Ehe gebrochen habe.

Obergericht 5. März 1852. Da der Umstand, daß die Beklagte sich als öffentliche Person hat einzeichnen lassen, und nicht bestreitet, fortwährend als solche zu leben, selbst abgesehen von der darin liegenden dringenden Präsumtion des fortgesetzten Ehebruchs, und abgesehen von der Ehrlosigkeit dieses Gewerbes der Beklagten, einer böslichen Verlassung gleichgeachtet werden

so werden dagegen die Eigenthümlichkeiten des **Verfahrens** in Ehescheidungssachen durch die bei ihnen vorwaltende oder concurrirende besondere Rücksicht bedingt. Im Civilproceß handelt es sich um den Rechtsschutz für Rechte und Güter, deren beliebige Veräußerung dem mündigen Individuum freisteht; die sogenannte Verhandlungsmaxime, so wie die Regeln über den Einfluß der Contumaz, über die Wirkung des Eingeständnisses und des Schiedseides sind aus diesem Grundprincip folgerecht abzuleiten. Den Gegensatz dazu bildet der Strafproceß auch in der Form des Anklageverfahrens, sofern die Organe des Staats von Amtswegen für Erforschung der That und Ausmittelung des Schuldigen thätig sind, eine Verurtheilung aber nur der Ausspruch einer auf materielle Wahrheit gerichteten Ueberzeugung seyn soll. Zwischen beiden in der Mitte steht die gerichtliche Thätigkeit des Eherichters: er stellt die sichere Kenntniß der intimsten Verhältnisse als die Bedingung eines gewierigen Urtheils auf, hat aber so wenig den Willen als die Mittel, sich diese Einsicht von Amtswegen zu verschaffen, sondern überläßt es den Parteien, ob und wie sie ihm dieselbe zuführen wollen; er will keinen wirklichen oder vermutheten Verzicht der Ehegatten auf processualische Gerechtsame statuiren, deshalb läßt er dieselben zwar in den Formen eines Streites um Mein und Dein verhandeln, ist aber beständig auf seiner Huth, ob er dabei nicht von einem oder beiden Theilen hintergangen werden mögte. Diese schwankende Position ist die Folge einer nicht klaren Mischung von religiösen Dogmen, legislativen Gründen und polizeilichen Rücksichten, welche hier wie in der ganzen Materie bestimmend eingewirkt hat; die processualischen Controversen können, wie die das materielle Scheidungsrecht betreffenden, weniger nach

---

muß, die sich auf den Ehebruch allein beziehende Einrede der Compensation mithin im vorliegenden Falle nicht weiter in Betracht kommt: daß das niedergerichtliche Erkenntniß vom 16. Jan. d J. wieder aufzuheben, die zwischen dem Kläger und der Beklagten bisher bestanden habende Ehe vielmehr gänzlich zu scheiden.

consequenter Entwickelung eines außer Frage stehenden leitenden Princips, als vielmehr nach der verschiedenartigen subjectiven Auffassung dieses letzteren entschieden werden. Indessen hat sich eine gewisse Rechtssicherheit, die auch dann ihren Werth hat, wenn sie nur als das kleinere Uebel erscheint, für die topische Praxis aus der Einförmigkeit zahlreicher Fälle zu bilden vermocht.

Zunächst ist es eine Singularität ungewissen Ursprungs, daß dem auf die peremtorische zweite Ladung ausbleibenden beklagten Theile durch Bescheid injungirt wird, sich über den in der Klagschrift behaupteten Ehebruch sub poena confessi zu erklären. Es ist unbekannt, weshalb gerade in dieser Klasse von Fällen die regelmäßige Folge der Contumaz, nämlich die Annahme einer negativen Litiscontestation nicht eintreten, sondern ausnahmsweise mittelst des erwähnten Bescheides in die Fiction des Gegentheils verwandelt werden soll, zumal da doch die endliche Entscheidung hierdurch nicht erheblich gefördert wird. Denn mag der vom Kläger behauptete Ehebruch geläugnet, mag er ausdrücklich zugegeben oder kraft jener Fiction als eingestanden angenommen werden, — die gleichmäßige Folge davon ist immer die Beweisauflage an den Kläger, nur daß in den beiden letzten Fällen dem Beklagten keine weitere Theilnahme an der ferneren Verhandlung durch Gegenbeweis, Fragstücke und Impugnation vorbehalten oder zugelassen, freilich auch unter Umständen eine weniger stringente Beweisführung wie gegen eine positiv läugnende Partei für genügend erachtet wird.

In der Streitfrage, ob der Ehebruch durch das Geständniß des beschuldigten Theiles erwiesen werden könne, beruft man sich auf zwei Stellen des Canonischen Rechts, [1]) welche das Geständniß der Frau unter Umständen, welche dem Verdacht einer Collusion keinen Raum gaben, für genügend

---

[1]) Cap. 5 X. de divort. (4, 19), cap. 6 X. de adult. (5, 16). Vergl. darüber Uihlein in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Bd. 9. S. 39 folg.

zur Separation zu Tisch und Bett zu erklären scheinen. Andere Stellen [1]) wollen eine Ehe nicht annullirt wissen, so lange das Hinderniß einer gültigen Ehe nur durch die Erklärung der Eheleute selbst dargethan ist. Ob die erste oder die letztere Vorschrift analoge Anwendung zu finden habe, wenn es sich um Ehescheidung vom Bande handelt, darüber scheint die Ansicht der deutschen Gerichte nicht weniger getheilt, als es die Schriftsteller sind. Die Hamburgischen Richter folgen in dieser Beziehung der strengeren Lehre. Das Obergericht erkannte z. B. in Sachen Albers c. ux. am 14. August 1846: "Daß, da nach den durch eine ganz entschiedene Praxis bestätigten richtigen Grundsätzen das bloße Geständniß einer Parthei zur Trennung einer Ehe nicht hinreicht, der niedergerichtliche Bescheid vom 3. Juli d. J. lediglich zu bestätigen." Eine nothwendige Consequenz dieser Theorie ist es, daß man die Beweiskraft, welche dem unumwundenen vor Gericht abgelegten Bekenntniß versagt wird, auch dem außergerichtlichen nicht einräumt. Das Niedergericht hatte in Sachen Rosenhauer c. mar. den Ehebruch für erwiesen angenommen, weil der Patron von St. Pauli auf die Anzeige des Beamten, daß der Beklagte mit einem Frauenzimmer in wilder Ehe lebe, und auf deren Einräumung dieses Verhältnisses, ihr den Aufenthalt in der Vorstadt bei Gefängnißstrafe verboten hatte, und weil die eidliche Aussage jenes Beamten damit übereinstimmte. Das Obergericht hob aber am 12. Januar 1849 diese Entscheidung wieder auf: "Da der Bericht des Beamten F., wie aus dessen eidlicher Vernehmung hervorgeht, lediglich auf der Erzählung eines Dritten und einem außergerichtlichen Geständniß des Beklagten beruhet, ein Geständniß des Ehebruchs aber in Ehescheidungssachen so wenig wie ein Zeugniß von Hörensagen überall einen genügenden Beweis enthält; da ferner das in dem zu den Akten gebrachten Protocoll des Herrn Patron von St. Pauli enthaltene Geständniß desjenigen Frauenzimmers, mit

---

[1]) Cap. 5 X. de eo qui cogn. (4, 13).

welchem der Beklagte unerlaubten Umgang gepflogen haben soll, als unbeeidigtes Zeugniß und als Zeugniß einer Mitschuldigen keinen juridischen Werth hat."

Man darf bezweifeln, ob in Wirklichkeit jemals eine Frau das von ihr geborne Kind auf den Namen eines ganz Unbetheiligten als Vaters hat taufen lassen, oder ob ein Ehemann es veranlaßt hat, daß ein Kind fremder Eltern auf seinen Namen getauft werde, in der Absicht, dadurch einen unbegründeten Verdacht des Ehebruchs auf sich zu laden und dergestalt einer unglücklichen Ehe zu entgehen. Da jedoch ein solcher Plan mindestens nicht undenkbar ist, und der Eintragung in die Kirchenbücher keine Inquisition über die Richtigkeit der gemachten Angaben voraufgeht, so genügt keineswegs die Production eines oder mehrerer Taufscheine von Kindern, die danach im Ehebruch erzeugt seyn würden; denn auch dieser Beweisversuch reducirt sich, genau genommen, nur auf ein außergerichtliches Bekenntniß, welches selbst in Verbindung mit einem gerichtlichen zu wenig relevirt.

Behncke c. mar. 9. December 1836. Da in dem von der Klägerin producirten Taufschein auch nur ein, und noch dazu außergerichtliches Geständniß des Beklagten liegen würde, mithin dasselbe zum Beweise des Ehebruches nicht als genügend erscheint.

Hesse c. mar. 24. Mai 1841. (Der Beklagte hatte das ihm Schuld gegebene ehebrecherische Verhältniß in den Acten ausdrücklich eingeräumt.) "Daß, da der beigebrachte Taufschein nur ein außergerichtliches Geständniß des Beklagten über einen von ihm begangenen Ehebruch enthält, Klägerin den ihr obliegenden Beweis unter gestatteter Mitbenutzung des bereits Beigebrachten noch anderweitig zu vervollständigen schuldig sey."

Küchenmeister c. ux. 30. September 1842. "Daß, da der beigebrachte Taufschein nur ein, zur Ehescheidung nicht genügendes außergerichtliches Geständniß der Beklagten nachweist, Kläger den ihm obliegenden Beweis besser als geschehen anzutreten schuldig sey."

Eggers c. mar. 9. September 1844. (Der Beklagte war des Ehebruchs bereits in contumaciam für geständig erklärt.) "Da das in dem jetzt beigebrachten Taufschein enthaltene außergerichtliche Geständniß des Beklagten über einen begangenen Ehebruch ohne die Erbringung anderer dieses Geständniß unterstützenden Momente, zur Nachweisung des Ehebruchs nicht genügt, daß Klägerin diese Nachweisung besser als geschehen zu erbringen schuldig sey."

So also steht es bei uns um die Richtigkeit der Behauptung Gensler's [1]): "Wenn der mit einer Ehescheidungsklage belangte Gatte die Wahrheit der Scheidungsursache eingesteht, so ist, nach protestantischen Grundsätzen, hiermit derselben Grund vollkommen bewiesen, und die Scheidung zweifellos begründet, ohne daß es eines Nebenbeweises der Wahrheit jenes Geständnisses bedürfte."

Verwandt mit dieser Frage ist die andere, nach der Zulässigkeit des Eides im Ehescheidungsproceß. Das Niedergericht hat noch in mehreren neueren Rechtssachen mit anscheinender Allgemeinheit jeden Eid, und zwar sowohl den deferirten als den richterlichen für unstatthaft erklärt.

Fölster c. ux. 24. August 1849. Da in dem vorliegenden Beweisverfahren (über den Ehebruch der Beklagten) der Beschaffenheit der über das Privat-Interesse der Parteien hinausgehenden Streitfrage nach, weder ein Erfüllungseid noch eine Eideszuschiebung an die Beklagte oder ein Reinigungseid derselben zuläßig erscheint. (Im Obergericht bestätigt 22. October 1849.)

Rohr c. ux. 20. Juni 1845. "Da in dieser Ehescheidungssache von Reinigungs- oder Erfüllungseiden nicht die Rede seyn kann."

Meyer c. ux. 22. September 1848. "Da die Auflegung eines juramenti necessarii in Ehescheidungssachen unzuläßig ist."

Meyer c. mar. 23. October 1846. "Da der angebotene Erfüllungseid der Klägerin wegen der bei dem in Rede

---

[1]) Im Archiv für civilist. Praxis. Bd. 2. S. 37.

stehenden Beweise obwaltenden Rücksichten auf das öffentliche Wohl unzulässig erscheint."

Von solchen Protestantischen JCtis bemerkte Böhmer,[1] daß sie nicht selten strenger seyen als der Pabst selbst. Man wird zugeben müssen, daß die Stellen des Canonischen Rechts, auf welche man diese Ansicht zu stützen gesucht hat,[2] theils die Frage nicht treffen, theils den Charakter der Ehe als Sacrament voraussetzen; ferner daß, was vom Vergleiche gilt, nicht ohne Weiteres auf den Eid als gerichtliches Beweismittel Anwendung leidet, endlich daß ein Hauptbedenken wegfallen würde, wenn das Geständniß über Ehescheidungsgründe volle Beweiskraft genießen sollte. Die Aussprüche der Rechtslehrer sind in so weit unerheblich, als sie der Begründung entbehren.[3] Die entscheidenden Gründe für oder wider findet aber Jeder eben in seiner subjectiven Ansicht darüber, ob und in wie weit die Ehescheidung wie ein Streit über Mein und Dein zu behandeln, oder der Freiheit der Privaten durch beschränkende Bestimmungen entzogen seyn sollte. So deducirt Uihlein:[4] "Die Behauptung, daß das Institut der Ehe dem bürgerlichen Rechte entzogen und in das öffentliche Recht übergetreten sey, kann ich nicht ein-

---

[1] Böhmer Jus. Eccl. Prot. L. 2. tit. 24. § 60.

[2] Cap. 11. X. de transact. (1, 36.) cap. 7. X. de sent et re jud. (2, 27.) cap. 34, X. de jurejur. (2, 24.) cap. 9. X. de rest. in int. Vergl. über diese Stellen Uihlein im Archiv f. Civ. Pr. Bd. 12. S. 21 folg. Derselbe in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Bd. 9. S. 55 folg.

[3] Von den Bekannteren haben sich u. A. für die Zulassung auch des Schiedseides, wenn er die Trennung der Ehe zur Folge hat, erklärt: Martin Civilproceß § 213. Note l. Gensler Commentar Th. 2. S. 14. Derselbe im Archiv f. civ. Prax. Bd. 2. No. 3. Thibaut System § 1163. Uihlein a. a. O. und die bei Glück Bd. 12. S. 273 Angeführten. — Gegen die Eidesdelation contra matrimonium sind z. B. Danz ord. Proceß § 370. Grolman § 91. Hassenpflug in Elvers Themis Bd. 1. S. 315 folg. und die ältere Praxis.

[4] Zeitschrift für Civilrecht und Proceß a. a. O. S. 34.

räumen, denn sonst müßten auch andere Institute, ja alle, dem öffentlichen Rechte angehören ... Alle Rechtslehrer haben bisher die Ehe als einen Theil des Privatrechts betrachtet, die Grundsätze über Eingehung, Auflösung und Wirkung in dem Privatrechte vorgetragen; wie hätten sie dieses gekonnt, wenn die Ehe dem öffentlichen Rechte angehörte? Die Ehe bildet einen Theil des Privatrechts." — Gensler [5]) sucht die Analogie des Strafverfahrens, welches keine Eideszuschiebung kennt, mit dem Argumente zu beseitigen: "Das Interesse des Staates und der Kirche an dem Fortbestehen oder Auflösen einzelner, in ein streitiges Verhältniß eingetretener Ehen ist nicht so unmittelbar und stark, daß deshalb der Gebrauch der Eidesdelation prohibirt zu werden brauchte, und es spricht solches auch kein Gesetz mit einiger Deutlichkeit aus .... Auf jeden Fall und ohnehin ist aber die Verurtheilung zu einer peinlichen, Leib oder Gut und Ehre tödtenden Strafe für den Staat und die Menschheit weit wichtiger, als die Trennung einer bereits untergrabenen, der Regel nach in mehrfacher Hinsicht schädlichen, hauptsächlich dem bürgerlichen Rechtsverhältniß beizuzählenden Ehe." — Besonders naiv reflectirt Glück a. a. O.: "Diese Meinung verdient auch um so mehr allen Beifall, da sich kein vernünftiger Grund absehen läßt, warum nicht über diejenigen Thatsachen, welche eine rechtmäßige Ursache zur Ehescheidung begründen können, der Eid so gut, wie in anderen Streitsachen, zur Ausmittelung der Wahrheit gebraucht werden dürfte; im Gegentheil die Beschaffenheit der die Auflösung des ehelichen Bandes bewirkenden Handlungen, als welche gewöhnlich im Verborgenen geschehen, die Zuflucht zu dem Hülfsmittel des Eides besonders nothwendig macht. Wie unbillig würde es nicht seyn, solchen Personen, welche durch Ehebruch oder tödtliche Nachstellungen ihres Ehegatten beleidigt, ja in Lebensgefahr gesetzt worden sind, aber keinen anderen Beweis darüber als den Eid haben, dieses Beweismittel zu versagen,

---

[5]) Im Archiv a. a. O. S. 37. 38.

und sie auf solche Art zur Fortsetzung einer unglücklichen, ihnen zur Marter und dem Staat zum Nachtheil gereichenden Verbindung zu nöthigen?"

Dagegen lehrt Bayer,[1]) der Gebrauch des Eidesantrages in Scheidungsprocessen sey zwar nicht unbedingt, aber insofern zu verwerfen, als dadurch das öffentliche Interesse an dem Fortbestehen der Ehe gefährdet würde, und eben so beruft sich Richter[2]) darauf, daß die Rücksicht auf möglichste Erhaltung der Ehe in der Regel den Ausschluß des Eidesantrages als Beweismittel fordere. Auffallen darf es allerdings, wie die beliebige Wahl unter so widerstreitenden legislativen Ansichten in manchen deutschen Staaten der Doctrin und Gerichtspraxis überlassen bleiben konnte; für Hamburg jedoch erklärt sich dies schon daraus, daß der Senat in neueren Zeiten als Obergericht, durch die nothwendige Appellation von selbst das Ermessen über jenen Zweig der Rechtspflege in Händen behielt.

Der favor matrimonii, sofern er dem Richter als Leitstern dienen soll, führt zu folgender Unterscheidung. Nicht zugelassen werden dürfte die Eideszuschiebung über das Klagfundament, also über den behaupteten Ehescheidungsgrund, wegen der Möglichkeit, daß der Eid vom Delaten verweigert oder daß er in contumaciam als verweigert angenommen werden, und wegen fingirten Geständnisses die Ehe getrennt werden müßte. Die dem Fortbestehen der Ehe günstige Folge einer etwaigen Annahme und Ableistung des Eides erreicht man kürzer und einfacher, indem man es überall nicht darauf ankommen läßt, ob sie eintritt oder verfehlt wird. Aus demselben Grunde ist ein Reinigungseid hinsichtlich des Klagegrundes überflüssig, da man dem weniger als halb geführten Beweise nur keine rechtlichen Folgen beizulegen braucht, um der Gefahr zu entgehen, daß die Leistung des

---

[1]) Ordentlicher Proceß S. 315.

[2]) Lehrbuch des Kirchenrechts Bd. 2. § 259.

Purgatorii verweigert werden könnte; die Zulassung des Ergänzungseides dagegen ist gefährlich, weil er in der Regel abgeschworen wird, und man dann nicht umhin könnte, die Ehescheidung wirklich auszusprechen. Dagegen verdient, wenn es sich um eine peremtorische Einrede handelt, der Ergänzungseid alle Begünstigung, weil man sonst in die Verlegenheit kommen könnte, eine Ehe nur wegen einer vielleicht nicht großen Unvollständigkeit des Einredenbeweises trennen zu müssen, die mittelst jener richterlichen Ergänzung füglich aufrecht erhalten werden kann. Eben so kann man hier den Reinigungseid unbedenklich auflegen, indem sonst der Beweisversuch ganz nutzlos bleiben würde, und man nun doch die, wenn auch geringe, Chance hat, daß der Eid verweigert werden könnte, welchen Falles der Beweis des Beklagten ja geführt wäre und die Ehe conservirt bleibt. Dasselbe ist von dem deferirten Eide hier zu sagen, wo kein Interesse zu verkennen gebietet, daß Thatsachen der fraglichen Art ohne besondere Vorkehrungen kaum anders als durch Eideszuschiebung zu erweisen sind. Diese letztere Schwierigkeit beseitigt auch den Einwand, daß, wenn der Eid von dem Beweisverfahren über Einreden völlig ausgeschlossen bliebe, der Excipient sich noch mehr um Aufsuchung anderer Beweismittel bemühen, und der Richter der Gefahr vollständig entgehen würde, daß ein zugeschobener oder Reinigungseid abgeleistet, mithin der Beweis der Einrede verfehlt wird. Man kann vielmehr diese Abwägung in jedem concreten Fall dem Beklagten selbst deshalb überlassen, weil, im Widerspruch mit der Tendenz die Ehe zu schützen, es ohnehin seinem Belieben überlassen wird, ob er eine Einrede überhaupt vorschützen, ob er sie weiter verfolgen und wie er den Beweis derselben zu führen versuchen will. — Das einfache Resultat ist demnach, daß, um die Fortdauer der Ehe zu begünstigen, für den Beweis des Ehescheidungsgrundes ein zugeschobener oder nothwendiger Eid niemals zugelassen werden dürfte, wohl aber zum Beweise einer zerstörlichen Einrede, so oft sich Veranlassung dazu bietet.

Großentheils wird diese Politik auch von unserer Gerichtspraxis befolgt. Zum Beweise der Einrede der Remission ist die Eideszuschiebung zugelassen.

Menck c. ux. 6. März 1846: „Daß Kläger zu verpflichten sey, über den von der Beklagten ihm zugeschobenen, dahin zu fassenden Eid: daß er in der Zeit von Michaelis bis Weihnachten 1844 den Beischlaf mit der Beklagten nicht vollzogen habe, bei Strafe der sonst anzunehmenden Eidesverweigerung sich ordnungsmäßig zu erklären."

Desgleichen zu Gunsten des Beweises der Compensationseinrede:

Krüger c. mar. 1. October 1847. "Daß der vom Beklagten begangene Ehebruch für genügend erwiesen zu erachten, dagegen der vom Beklagten versuchte Zeugenbeweis über einen abseiten der Klägerin angeblich begangenen Treubruch für verfehlt zu erklären, und Klägerin den ihr früher bereits event. zugeschobenen und dahin zu formalisirenden Eid: daß sie seit ihrer Verheirathung mit dem Beklagten niemals mit einem anderen Manne als dem Beklagten sich geschlechtlich vermischt habe, sub poena recusati abzuleisten schuldig sey." (Vom Obergericht im Wesentlichen bestätigt.)

Rühen c. ux. 23. März 1849. „Da der dem Kläger obliegende Beweis (des Ehebruchs) sich als genügend erbracht darstellt, da ferner die von der Beklagten zur Hand genommene Eideszuschiebung hier, wo es sich nur noch um den Beweis der Einrede der Compensation handelt, allerdings als zulässiges Beweismittel erscheint: daß Beklagte zu verpflichten sey, in Betreff ihrer Eidesdelation eine auf bestimmte relevante Thatsachen zu richtende Fassung des Eides in Vorschlag zu bringen."

Eben so Goller c. mar. 16. Februar 1849. — Hurtig c. ux. 2. März 1849. — Mehne c. ux. 23. December 1850. — Paulsen c. ux. 3. September 1847. Da die hiesige Praxis in Ehescheidungssachen eine Eideszuschiebung allerdings dann für zulässig erachtet, wenn sie nicht behufs Trennung, sondern, wie im vorliegenden Fall, behufs Auf-

rechthaltung der Ehe zur Hand genommen wird: daß Kläger über den ihm deferirten und dahin zu normirenden Eid, daß er seit seiner im Juni 1833 erfolgten zweiten Trennung von der Beklagten mit der . . . nie fleischlichen Umgang gehabt habe, sich aut acceptando aut referendo zu erklären schuldig sey.

Das Referiren des Eides kann aber, seiner möglichen Folgen wegen, schon nach der obigen Maxime nicht statuirt werden; vielmehr wurde in letzterem Fall ferner erkannt:

24. September 1847. Da allerdings die Zurückschiebung eines Eides an den Deferenten in dem Falle nicht für zuläſſig erachtet werden kann, wenn der Eid eine eigne Handlung des Delaten betrifft, über welche, wie im vorliegenden Fall, der Deferent gar keine bestimmte Kenntniß haben kann (vergl. Linde Lehrb. § 307. Gensler Handbuch S. 170. Note 119. Morstadt Civilproceß S. 220): daß nunmehr der dem Kläger deferirte Eid für verweigert anzusehen, der Beweis der Einrede der Compensation für geführt zu erachten, und Kläger mit der erhobenen Klage abzuweisen sey.

Eben so ist die Ansicht der Gerichte entschieden gegen den Beweis des Ehebruchs durch Eidesdelation. Wiewohl aber die oben (S. 48) citirten Aussprüche den richterlich auferlegten Eid auf die nämliche Linie stellen, so hat doch das Obergericht in neueren Fällen ein einzelnes Moment der künstlichen Beweisführung durch den Eid zu ergänzen gestattet.

Obergericht. Scharlau c. ux. 26. November 1841. Da, wenn die Aussagen der vorgeschlagenen Zeugen über die producirten Beweisartikel genügend ausfallen sollten, in Verbindung mit dem Taufscheine der Beweis des von der Beklagten begangenen Ehebruchs für so weit erbracht anzusehen seyn würde, daß der Kläger zu einem Erfüllungseide dahin, daß er in der Zeit vom 182sten bis 300sten Tage, vom 9. Januar 1841 an rückwärts gerechnet, mit seiner Ehefrau, der Beklagten, keinen fleischlichen Umgang

gehabt habe, zuzulassen wäre . . . Daß Kläger mit den producirten Beweisartikeln und vorgeschlagenen Zeugen zu admittiren.

Obergericht. Rabe c. ux. 22. März 1844. Da das Verhältniß der streitenden Eheleute, wie es die Acten ergeben, sich allerdings so darstellt, daß es als höchst unwahrscheinlich erscheint, daß seit der Trennung derselben eine eheliche Gemeinschaft unter ihnen wiederum Statt gefunden; da nun auch diese Präsumtion durch die Aussagen der Zeugen, von denen namentlich die der ersten Zeugin die Geburt zweier Kinder der Beklagten bestätigt und überdies ein außergerichtliches Geständniß der Beklagten hinsichtlich der Person ihres Schwängerers enthält, in soweit unterstützt wird, daß ein Suppletorium des Klägers unter diesen Umständen als zulässig erscheint: daß der vom Kläger angetretene Beweis für so weit geführt zu achten, daß derselbe einen Eid s. p. recusati dahin zu leisten habe, daß er seit der Zeit der ausgesprochenen Trennung von seiner Ehefrau mit ihr den Beischlaf nicht vollzogen habe.

Seitdem ist auch das Niedergericht diesem Vorgange innerhalb derselben beschränkten Gränzen gefolgt:

Albers c. ux. 14. September 1846. Da die Abhörung der vorgeschlagenen Zeugin insofern überflüssig erscheint, als sie lediglich über die aus dem beigebrachten Taufschein schon genügend erhellende Entbindung der Beklagten aussagen soll, da im Uebrigen der vom Kläger angebotene Eid in Verbindung mit diesem Taufscheine und mit dem vorgängig noch besser nachzuweisenden Umstande der seit Jahren bestehenden Trennung der Eheleute zu Tisch und Bett zur Erbringung des dem Kläger auferlegten Beweises genügend erscheint: daß vorgängig Kläger . . . seine Behauptung, daß er am 27. September 1844 coram Praetore von der Beklagten zu Tisch und Bett getrennt worden sey, gehörig zu documentiren schuldig, worauf derselbe sodann zur Ableistung des von ihm angebotenen Eides dahin: daß er seit dem 27. September 1844 von seiner Ehefrau, der Beklagten,

gänzlich getrennt gelebt und nicht mit ihr den Beischlaf vollzogen habe, zuzulassen.

Kruse c. ux. 28. Juni 1847. Daß der dem Kläger obliegende Beweis des Ehebruchs für so weit geführt zu achten, daß Kläger zu einem dahin zu fassenden Ergänzungseide zuzulassen sey, daß er seit der im März 1844 ausgesprochenen Trennung der Partheien zu Tisch und Bett mit seiner Ehefrau, der Beklagten, den Beischlaf nicht vollzogen habe.

Nach Absolvirung des Eides als Beweismittel ist über den Beweis des Ehebruchs noch Folgendes zu bemerken. Man nimmt es mit demselben so strenge, daß Zeugen nicht zugelassen werden, deren jeder nicht den nämlichen, sondern einen verschiedenen Beischlafs-Act wahrgenommen haben. [1]) Je seltener es ferner seyn mag, daß solche Vorfälle ohne besondere Veranstaltung sich vor zwei klassischen Zeugen ereignen, um so näher scheint die Auskunft, sich des Zeugnisses der dabei betheiligt gewesenen dritten Person selbst bedienen zu wollen. Allein eben diese wird — mag der Mann oder die Frau den Treubruch begangen haben sollen — überall nicht zu einem Zeugniß zugelassen, durch welches sie, auch wenn sie sich der Ablegung nicht weigerte, sich selbst compromittiren würde.

Leimich c. ux. 7. September 1835. Da die für den Zeugen beigebrachten Beweisartikel de propria turpitudine testis handeln, er also zur Aussage nicht gezwungen werden kann.

Schultz c. mar. 4. November 1836. Daß die erste von der Klägerin vorgeschlagene Zeugin, da dieselbe de propria turpitudine auszusagen haben würde, als unzulässig zu verwerfen.

---

[1]) Elvers c. ux. 12. März 1841. Da aus den producirten Beweisartikeln hervorgeht, daß die vorgeschlagenen Zeuginnen über ganz verschiedene facta aussagen sollen, mithin als testes singulares erscheinen und keinen vollständigen Beweis führen können, — daß dem Kläger noch ein besserer Beweis nachzulassen sey.

Rohr c. ux. 10. October 1845. Da es unstatthaft erscheint, den vorgeschlagenen Zeugen zu zwingen, über eine von ihm selbst, der Angabe nach, begangene verbrecherische Handlung eidlich auszusagen.

Erbst c. mar. 19. März 1847. Da die vorgeschlagene Zeugin W. nicht gezwungen werden kann, eidlich über einen, der Angabe nach, von ihr getriebenen Ehebruch auszusagen: daß die Zeugin W. nicht zu admittiren.

Kruse c. ux. 17. October 1845. Windfuhr c. ux. 8. März 1850.

Diese Rücksicht erstreckt sich sogar auf den Ehegatten der Person, welche zu dem behaupteten Ehebruch mitgewirkt haben soll:

Meyer c. mar. 12. März 1847. Da dem von der Klägerin vorgeschlagenen Zeugen S. nicht zugemuthet werden darf, eidlich über einen von seiner Ehefrau angeblich begangenen Ehebruch auszusagen, ein solches eidliches Zeugniß auch einem, möglicherweise zwischen diesen Eheleuten anhängig zu machenden Verfahren präjudicirlich werden könnte: daß der Zeuge S. zu verwerfen.

Sie erweist sich noch über den Tod hinaus als wirksam:

Jatzow c. ux. 20. November 1835. Da Kläger nicht bestreitet, daß der in den Beweisartikeln vorkommende verstorbene S. der Ehemann der Zeugin Wittwe S. gewesen sey, da unter dieser Voraussetzung die Weigerung der Zeugin, ein Zeugniß abzulegen, welches dem Inhalte der Artikel nach in turpitudinem ihres verstorbenen Ehemanns gereichen würde, sich der Natur der Sache und der Analogie des Rechtsgrundsatzes nach, daß ein Zeuge in der Regel nicht gezwungen werden darf, über seine eigne Schande auszusagen, als rechtsbeständig darstellt.

Als Ersatz für diese Beschränkungen wird theils nach verfehlter Antretung oder Führung des Beweises regelmäßig auch ohne speciell gestellten Antrag noch ein besserer Beweis nachgelassen, theils nach Anleitung des cap. 12. X. de praesumt. ein durch Präsumtionen und Schlußfolgerungen aus erwiese-

nen Prämissen zu erbringender Beweis in soweit zugelassen, als es mit hinlänglicher Sicherheit geschehen kann. Am häufigsten wird theils die Aussage, wonach der Schuldige mit einer dritten Person in dem nämlichen Bett liegend gefunden worden, benutzt, theils bei einem ehebrecherischen Zusammenleben das Zeugniß, daß derselbe mit dem Genossen dasselbe Zimmer, in welchem nur ein einziges Bett befindlich, bewohnt habe. Näheres braucht hierüber um so weniger ausgeführt zu werden, da der Scharfsinn, welcher sich in derartigen Conjecturen bethätigen muß, seine Rechenschaft nicht einmal in Entscheidungsgründen abzulegen pflegt. Daß der Ehebruch der Frau auch dann als erwiesen zu betrachten sey, wenn nur die Thatsache constirt, daß sie sich unter die Zahl der öffentlichen Mädchen habe einzeichnen lassen, ist mehrfach entschieden. [1]) — Außer solchen Conclusionen von erwiesenen Thatumständen auf dasjenige, was darauf zu folgen pflegt, kommt aber als künstlicher Beweis auch der Rückschluß von gewissen erwiesenen Ereignissen auf den Ehebruch als nothwendig voraufgegangenen Grund derselben in Betracht. Ob namentlich eine syphilitische Krankheit die Folge eines vorherigen außerehelichen Umganges seyn müsse, ist in concreto die Sache ärztlicher Beurtheilung. [2]) Es versteht sich aber, daß der behandelnde Arzt nicht gezwungen wird, über das Leiden seines Patienten und über dessen Ursprung zu deponiren. Ferner gehört dahin die Entbindung der Ehefrau von einem Kinde, wenn der Mann sich auf eine physische Unmöglichkeit seiner Vaterschaft zu demselben berufen kann. Schon das Römische Recht [3]) läßt die Präsumtion der Ehelichkeit in den beiden

---

[1]) Z. B. Voigt c. ux. 19. August 1836. Lohse c. ux. 1. December 1843. Blüthgen c. ux. 3. Mai 1844. Schultz c. ux. 16. Januar 1852.

[2]) Darauf wurde z. B. in S. Elvers c. mar. am 12. Juli 1847 die Ehe geschieden.

[3]) L. 6. D. de his qui sui vel al. jur. In einem Fall, wo es sich um den status des Kindes handelte, wurde (Schröder c. ux. 29. April 1842) erkannt: Da der Kläger nicht in Abrede stellt,

Fällen einer längeren Abwesenheit des Ehemannes und seines Unvermögens zum Beischlaf zerstört werden. Demgemäß ist in mehreren Fällen, wo die Geburt eines Kindes und deren datum constirte, der klagende Ehemann zu dem Beweise gelassen, daß er während des ganzen Zeitraums zwischen dem 182. und 300. Tage vor der Geburt des Kindes von hier abwesend gewesen sey.[1]) Einer solchen Abwesenheit läßt sich indessen die erfolgte Trennung zu Tisch und Bett nicht gleichstellen, weil diese zwar von der Pflicht zum ehelichen Umgang befreiet, aber die Möglichkeit seiner Fortdauer keineswegs ausschließt.

Küchenmeister c. ux. 28. October 1842. Da die gesetzliche Präsumtion der Vaterschaft des Ehemannes nicht durch eine Trennung von Tisch und Bett, sondern nur durch den Beweis der Unmöglichkeit ausgeschlossen wird.

Rabe c. ux. 2. Juni 1843. Da dem Kläger der Beweis des seiner Klage zum Grunde gelegten beklagtischen Ehebruchs obliegt, dazu indessen der von der Beklagten eingeräumte Umstand, daß sie, nachdem ihr durch den Ausspruch der Polizeibehörde gestattet worden, von ihrem Ehemann getrennt zu leben, ein Kind geboren habe, keineswegs genügt, auch nicht unter Ergänzung durch den von dem Kläger angebotenen Eid, theils weil dieser Umstand

---

noch fortwährend mit seiner Ehefrau verheirathet und von derselben nicht einmal rechtskräftig von Tisch und Bett getrennt zu seyn; da nun in diesem Fall die gesetzliche Präsumtion für das während der Ehe geborene Kind in der Art spricht, daß selbst der Beweis eines Ehebruchs von Seiten der Frau den status des Kindes als eines ehelichen nicht afficiren könnte, wenn nicht, was aber im vorliegenden Fall nicht geschehen, eine Unmöglichkeit der Vaterschaft des Ehemannes z. B. wegen langer gänzlicher Abwesenheit, Gefängniß u. dgl. behauptet worden: daß Kläger mit seiner Klage gegen das von den adcitatischen Vormündern vertretene Kind und seinem auf Abänderung des Status desselben gerichteten Antrage abzuweisen.

[1]) Z. B. Panneberg c. ux. 5. Juli 1839.

durch das bloße Geständniß der Beklagten nicht gehörig erwiesen ist, theils und besonders deshalb nicht, weil die gesetzliche Präsumtion der Vaterschaft des Ehemanns nicht durch eine formelle Trennung zu Tisch und Bett, sondern nur durch den Beweis der Unmöglichkeit ausgeschlossen werden würde. (Im Obergericht bestätigt 3. Juli 1843.) Meyer c. ux. 9. Februar 1849. Da die verfügte Trennung des Klägers von seiner Ehefrau zu Tisch und Bett nicht zu dem Schlusse berechtigt, daß eine Schwangerschaft oder Entbindung der letzteren nur in Folge eines ihrseitigen Ehebruches eingetreten seyn könne, — daß die klägerische Beweisantretung als ungenügend zurückzuweisen.

Daß jedoch unter dieser Voraussetzung der Ehemann bisweilen zu dem Eide gelassen werde, nicht mit der von ihm separirten Ehefrau concumbirt zu haben, ist schon oben S. 55 nachgewiesen.

---

## § 4.

## Bösliche Verlassung.

Die Zulassung der Trennung des Ehebandes aus dem Grunde böslicher Verlassung wird von den Reformatoren auf den Ausspruch des Apostels in der ersten Epistel an die Corinther Cap. 7. V. 15 zurückgeführt. Nachdem Paulus die Mitglieder der Gemeinde, welche mit einem ungläubigen Gatten verehelicht seyen, so lange letzterer die Ehe fortzusetzen geneigt sey, ermahnt hat, sich nicht von demselben zu scheiden, heißt es in V. 15:

So aber der Ungläubige sich scheidet, so laß ihn sich scheiden. Es ist der Bruder oder die Schwester nicht gefangen in solchen Fällen. Im Frieden aber hat uns Gott berufen.

Freilich muß man, um hierin die heutige Lehre von der maliliosa desertio begründet zu finden, so leichtfertig interpretiren wie Glück, welcher behauptet: "Ob nun wohl nicht

zu läugnen ist, daß Paulus hier nur von einem sehr speciellen Falle spricht, so beruht doch sein Ausspruch auf so allgemeinen Gründen, daß sich daraus die Ehescheidung wegen boshafter Verlassung auch wohl in jedem andern Falle rechtfertigen läßt." [1]) Neuere und gründliche Ausleger haben den Sinn jener biblischen Stelle auf ihren wahren Inhalt beschränkt. Nach der Ausführung von Lippert [2]) z. B. ist es nicht bösliche Verlassung, was den Apostel bestimmte, eine Auflösung des zwischen einem Christen und einem Nichtchristen bestehenden Ehebandes zu billigen, wenn der nichtchristliche Ehegatte den christlichen, in Folge der eingetretenen Religionsverschiedenheit verlassen will oder verlassen hatte, sondern der Umstand, daß der Friede der Ehe gestört ist, werde von ihm als Ehescheidungsgrund erklärt. Deshalb erscheine die Verlassung des Ehegatten keineswegs als selbstständige Ehescheidungsursache, sondern nur als eine Nebenrücksicht, während der gestörte eheliche Friede offenbar die Hauptrücksicht bilde. Ob die Störung des ehelichen Friedens dadurch, daß der nichtchristliche Ehegatte den christlichen verließ, oder auf andere Weise sich äußerte, z. B. durch Mißhandlungen, darauf liege hinsichtlich der Frage, ob in einem solchen Falle die Ehe aufgelöst werden könne, kein Gewicht, wenn nur die cultus disparitas es war, welche den Frieden der Ehe brach. Daher sey es ferner, damit in einem solchen Fall die Ehe getrennt werden könne, keineswegs nothwendig, daß der nichtchristliche Ehegatte den christlichen bereits verlassen hatte, sondern der Umstand überhaupt, daß der nichtchristliche mit letzterem die Ehe nicht friedlich fortsetzt, und die Veranlassung hierzu auf der Religionsverschiedenheit der Ehegatten beruht, sey nach Paulus Ausspruch als Scheidungsgrund zu betrachten. Damit stimmen auch die Kirchenväter Chrysostomus und Augustinus, so wie in cap. 7 X. de divortiis der Pabst Innocenz III. überein. Es sey darum nicht nur die allgemeine

---

1) Commentar Bd. 26. S. 450.

2) Lippert Annalen des Kirchenrechts (1831). Heft I. S. 106—120.

Zulässigkeit der Ehescheidung wegen stattgefundener böslicher Verlassung aus Paulus Worten nicht zu beweisen, sondern auch nicht einmal die Zulässigkeit der Auflösung der Ehe, wenn Einer von zwei nichtchristlichen Ehegatten zum Christenthum sich bekehren, und hierauf von dem nichtchristlichen böslich verlassen würde. Wollte man aber dennoch letztere in 1. Cor. 7, 15 ausgesprochen finden, so dürfe nicht übersehen werden, daß wegen der sich nicht wiederfindenden Eigenthümlichkeiten des Falles, für welchen die bösliche Verlassung als Ehescheidungsursache angeführt wäre, sich keine Ausdehnung dieses Ausspruches auf andere Fälle böslicher Verlassung rechtfertigen läßt. — Mit dieser gesunden Exegese stimmt im Ganzen auch Wiedenfeld[1]) vom theologischen Standpunkte überein. Er übersetzt den mittleren Satz von V. 15: "In Bezug auf solche Fälle ist der Christ (mittelst Eingehung der Ehe) nicht gebunden worden," und deducirt, daß der Begriff der desertio malitiosa, nach der Lehre des Neuen Testaments construirt, keineswegs jede böswillige Verlassung oder Verstoßung des Ehegatten überhaupt, sondern nur eine solche in sich fasse, die aus religiösen Motiven, und zwar aus Haß gegen das Christenthum geschieht.

Indessen hat sich von diesem engen und ziemlich unpractisch gewordenen Gebiete der Anwendung die protestantische Praxis zu weit entfernt, um leicht wieder zu ihm zurückkehren zu können. Schon Luther behauptete in der Auslegung des Briefes an die Corinther: "Was aber von einem heidnischen Gemalh hier St. Paulus redet, ist auch zu verstehen von einem falschen Christen, daß, wo derselb sein Gemalh zu unchristlichem Wesen wollt haten und nicht lassen christlich leben, oder scheidet sich von ihm, daß dasselb christlich Gemalh los und frei sey sich einem andern zu ertrauen. Denn wo das nicht recht sollt sein, so müßte das christlich Gemalh seinem unchristlichen Gemalh nachlauffen, oder on seinen Willen und Vermügen keusch leben, und also

[1]) Ueber die Ehescheidung unter den Evangelischen (1837). S. 27. folg.

um des andern Frevel willen gefangen seyn, und in seiner Seelen Farh leben." Und in der Predigt vom ehelichen Leben führt er unter den drei Ursachen, die nach seiner damaligen Ansicht Mann und Weib scheiden könnten, als die dritte Ursache auf, "wenn sich eins dem andern selbst beraubt oder entzeucht." Unter Auctorität der Reformatoren wurde die malitiosa desertio als Ehescheidungsgrund in die Kirchenordnungen und die Praxis der Consistorien recipirt. Der art. 8 unseres Stadtrechts läßt sie ausdrücklich zu in den Schlußworten:

"daß der eine an dem andern treulos würde, und denselben verlassen hätte."

Dieser Ausdruck, eben so wie der andere: "bösliche Verlassung," läßt an dem hier fraglichen Rechtsbegriff zwei verschiedene, aber zu combinirende Momente hervortreten: die Thatsache des Verlassens, also der Aufhebung des ehelichen Beisammenwohnens, an sich, und die Böslichkeit oder Treulosigkeit der hierdurch sich manifestirenden Gesinnung. In Ermangelung einer näheren gesetzlichen Entwickelung jener beiden Merkmale haben wir nur deren practische Anwendung in's Auge zu fassen.

Unter Voraussetzung einer dem richterlichen Scheidungsurtheil vorausgehenden processualischen Verhandlung in den gewöhnlichen Formen, kann das factum der Entfernung des beklagtischen Gatten der Gegenstand einer nicht schwierigen Nachweisung seyn. Anders steht es mit dem ferneren Requisit, der dabei obwaltenden Gesinnung, die zwar möglicher Weise von dem Beklagten eingeräumt werden könnte, aber selbst in diesem Fall, sofern man seinem Geständniß nicht trauen will, und jedenfalls da, wo ein solches nicht zu erlangen ist, nur aus den Umständen erschlossen werden kann, mithin ganz in die richterliche Reflexion fällt. Es versteht sich, daß die vorübergehende Entfernung eines Ehegatten von dem anderen auf nur kurze Zeit nicht den Charakter der hier gemeinten Verlassung an sich tragen kann; eben so wenig eine länger dauernde dann, wenn sie mit Wissen und Willen

des zurückbleibenden Theiles Statt fand; wurde sie aber ohne dessen Einwilligung unternommen, oder wider dieselbe bedeutend verlängert, so constirt daraus die Verletzung der Treue, wenn der Ungehorsam gegen die ernstliche, namentlich gegen eine richterliche Aufforderung zur Rückkehr oder zur Verantwortung wegen der Gründe der Abwesenheit hinzukommt. Für eine einzelne dahin gehörige Klasse hat sich, wegen der Häufigkeit und wesentlichen Uebereinstimmung der Fälle, ein nach bestimmten Regeln und gleichförmig normirtes Verfahren unter dem Namen des Desertionsprocesses mit Edictalladung gegen den entwichenen Gatten ausgebildet.

In früherer Zeit trat das Bedürfniß nach einer solchen Procedur, und die Rechtfertigung derselben, besonders wegen der Ungewißheit über das Fortleben eines bereits seit längerer Zeit abwesenden und verschollenen Ehegatten hervor. Sein Ausbleiben auf die öffentliche Ladung konnte entweder durch seinen schon erfolgten Tod, oder durch seinen böslichen Ungehorsam zu erklären seyn; unter beiden Voraussetzungen konnte die Ehe für aufgelös't erklärt, und dem klagenden Theile die anderweite Verheirathung gestattet werden. Diese Vermischung stellt namentlich auch der art. 32. P. IV unserer Statuten dar, [1]) nach welchem, übereinstimmend mit den

---

[1]) Wie es in dem Fall, da eine Ehefrau in Abwesenheit ihres Ehemannes aus Irrung einen andern Ehemann freyet, soll gehalten werden. Da es aber aus beweislicher Irrung sich zutragen möchte, als wenn der Ehemann in abgelegenen Oertern sich über vier oder fünf Jahr aufgehalten, und seiner Hausfrauen in mittler Zeit von seinem Zustande nichts zu wissen gethan, weit weniger ihr und seinen Kindern die Nothdurft und Unterhalt die Zeit über verschafft, daß darüber die Ehefrau auf vorgehende vergebliche Auskündigung ihres abwesenden Ehemannes Gelegenheit, auf angerufene Hülfe des Gerichts, in beständiger Meinung, daß derselbe Todes verfahren, zur andern Ehe sich würde oder hätte begeben: So wäre auf den Fall, auf des ersten Ehemannes Wiederheimkunft, kein Ehebruch begangen; jedoch wird auf solchen Fall der erste Ehemann wiederum zu seiner Ehefrauen

Grundsätzen des Canonischen Rechts, [1]) im Fall der späteren Rückkehr des verschollenen Ehemannes, zwar die inzwischen eingegangene zweite Ehe nicht als Ehebruch betrachtet, jedoch nicht diese, sondern die frühere wieder fortgesetzt werden soll. Dagegen hat die Annahme des zwar nicht erweislichen aber präsumtiven Todes eine separate Regulirung in der Verordnung in Betreff der Todeserklärungen verschollener Personen vom 15. October 1819 [2]) gefunden. Nach art. 1 dieses Gesetzes kann auf die Todeserklärung eines Verschollenen nicht nur von dessen nächsten Verwandten, sondern auch von jedem Anderen, der erweislich ein rechtliches Interesse dabei hat, angetragen werden, also gewiß auch von dem Ehegatten. Die Edictalladung ist (art. 3) unter dem Präjudiz der Todeserklärung, und bei Verheiratheten zugleich unter dem Präjudiz des für aufgehoben zu erklärenden Ehebandes zu erkennen, und nach art. 4 diese Folge nach Ablauf des Termins vom Gericht auszusprechen, wobei aber, wie in Ehescheidungssachen, die Appellation an das Obergericht zur Bestätigung erfordert wird. Ein nach ergangener Todeserklärung und erkannter Aufhebung des Ehebandes von dem Ehegatten des Abwesenden geschlossenes neues Eheband soll nach art. 14 bei der etwaigen Rückkehr des Abwesenden bestehen bleiben, "den einzigen Fall der beerbten ersten und unbeerbten zweiten Ehe ausgenommen. Und wird dahin der art. 32. P. IV. Stat. hiemit abgeändert." — Da die Präsumtionen einer böslichen Verlassung und des auf einer Berufsreise erfolgten Todes sich gegenseitig ausschließen, so muß nun die Partei, welche auf jene erstere Annahme zu procediren wünscht, damit ab, und auf den für die Todeserklärung geordneten schwierigeren

---

gestattet, und der andere Ehemann davon abgewiesen, und sind gleichwol die Kinder, die in des ersten Ehemannes Abwesenheit von dem andern Ehemanne in währender Ehe geboren, vor ehelich zu achten."

[1]) Can. 1. 2. causa 34 qu. 1 et 2.

[2]) Anderson Sammlung Hamb. Verordn. Bd 6. S. 91 folg.

und umständlicheren Weg verwiesen werden, falls sie so aufrichtig (oder ihr Advocat so unvorsichtig) war, ihre desfallsigen Conjecturen dem Gerichte vorzutragen. So erzählte z. B. im Jahre 1843 eine Implorantin: sie sey, seit 1836 verheirathet, seit 1838 ohne Nachricht von ihrem Ehemanne. Derselbe sey als Schiffscapitain nach Hull gefahren, dort aber weder Schiff noch Ladung angekommen. "Er wird verunglückt seyn." Da die gesetzlichen Bedingungen der Todeserklärung noch nicht vorlägen, so müsse sie de desertione queruliren, da ihr nicht zugemuthet werden könne, des Versorgers zu entbehren und eventuell ledig zu bleiben. Darauf erkannte das Niedergericht am 23. März 1843:

"Daß, da nach den eigenen Angaben und Bescheinigungen der Implorantin ihr Ehemann seinen Tod muthmaßlich auf einer Seereise als Schiffscapitain gefunden haben soll, der Antrag auf eine gegen ihn wegen böslicher Verlassung zu erlassende Edictalcitation als inept zu verwerfen sey."

Das Verfahren im Desertionsproceß schließt sich bei uns im Wesentlichen der, freilich ziemlich schwankenden, gemeinrechtlichen Praxis an. Zunächst wird der Ablauf eines gewissen Zeitraums seit der Entfernung des abwesenden Gatten, oder seit dem Eingang der letzten Nachricht von ihm, erfordert. Luther wollte, daß erst, nachdem der Abwesende bereits "ein Jahr oder ein halbes" sich abgesondert, das Verfahren begonnen werde.[1] Bugenhagen verlangte den Ablauf eines ganzen Jahres. Partikulargesetze haben bald einen bestimmten Zeitraum vorgeschrieben, z. B. die Churmärkische Consistorial-Ordnung von 1573[2] den Verlauf von einem bis vier Jahren, das neuere Preußische Recht[3] den Ablauf eines Jahres, bald überlassen sie die Bestimmung aus-

---

[1]) Vergl. über das Folgende Lippert Annalen des Kirchenrechts Heft 1. S. 148—153.

[2]) Bei Richter die evangelischen Kirchenordnungen Bd. 2. S. 382.

[3]) Preuß. Landrecht Th. II. tit. 1. § 690.

drücklich dem richterlichen Ermessen, wie das Chursächsische Rescript vom 21. April 1608, wodurch die Praxis des Leipziger Consistoriums aufgehoben wurde, welches erst nach Verlauf von mindestens sieben Jahren den Desertionsproceß eröffnen wollte. Von den Schriftstellern erklären mehrere [1]) schon eine halbjährige Abwesenheit bei dem Mangel an Nachrichten für genügend, um die Vermuthung der Desertion zu begründen. — Der art. 32. P. IV unserer Statuten erwähnt des Falles, da der Ehemann in abgelegenen Oertern sich über vier oder fünf Jahr aufgehalten, und seiner Frau inzwischen von seinem Zustande nichts zu wissen gethan. Demgemäß erklären die Commentatoren [2]) die Zeit von fünf Jahren für die eigentliche gesetzmäßige Zeit der Abwesenheit; sie bemerken jedoch, daß zu ihrer Zeit gegen die Ehefrau bereits nach zwei Jahren, gegen den Ehemann erst nach Verlauf von drei Jahren die Edictalcitation erkannt werde, und erklären diese Unterscheidung daraus, daß eine malitiosa desertio eher von einer Frau als von einem Mann vermuthet werde, wegen der bei jener concurrirenden Präsumtion des Ehebruchs "quod raro habeant probabilem absentiae causam, inprimis, wann sie heimlich davonlaufen." Die neuere constante Praxis hält, ohne Unterschied der Geschlechter, eine zweijährige Abwesenheit seit der ersten Entfernung oder dem Eingange der letzten Nachricht für genügend, aber auch in der Regel für erforderlich.

Bosse c. mar. 20. Mai 1844. Daß dem implorantischen Antrage mindestens für jetzt, und ehe zwei Jahre nach der Entfernung ihres edictaliter vorzuladenden Ehemannes verflossen seyn werden, nicht stattzugeben sey.

Gottschalck c. mar. 15. September 1848. Da nach der eigenen Anführung der Implorantin seit der Entfernung

---

[1]) J. B. Danz summarische Processe § 140. Schott Eherecht § 221. Note. Glück Commentar Th. 26. S. 451.

[2]) von der Fecht und Nissen zu art. 8. tit. 11. P. II. Ausgabe von 1842. S. 352.

ihres Ehemannes noch nicht zwei Jahre verflossen sind, daß Implorantin mit ihrem Gesuche um Erlassung einer Edictalladung gegen denselben für jetzt abzuweisen sey.

Gabel c. mar. 3. März 1843. Da aus der Relation des Gerichtsboten über die gehaltene Nachfrage hervorgeht, daß der Implorantin Bruder den Imploraten noch im Sommer des abgewichenen Jahres in M. gesehen hat, demnach also der für die Erlassung der hier gebetenen Edictalladung erforderliche Zeitraum der Abwesenheit des Imploraten und der ermangelnden Nachrichten über denselben noch nicht verstrichen ist, — daß dem Antrage der Implorantin, für jetzt wenigstens, nicht zu deferiren sey. (Vom Obergericht am 10. April 1843 bestätigt.)

In derselben Sache am 2. Februar 1844. Da, wie schon das frühere abweisende Erkenntniß hervorhob, seit den letzten Nachrichten, welche die Implorantin über ihren abwesenden Ehemann erhalten hat, noch nicht zwei Jahre verflossen sind, — daß Implorantin mit ihrem auch jetzt noch verfrüheten Antrage abzuweisen sey.

Cohen c. mar. 2. April 1849. Da nach constanter hiesiger Praxis die Einleitung des Edictalverfahrens gegen einen abwesenden Ehegatten erst nach einer mindestens zweijährigen Abwesenheit verstattet wird: daß Implorantin mit ihrem verfrüheten Antrage abzuweisen.

Daß jedoch dieser zweijährige Zeitraum nur die Bedeutung eines Indiciums für die Widerrechtlichkeit der Entfernung habe, und derselbe mithin dann nicht abgewartet zu werden braucht, wenn der Beweis schon früher auf anderem Wege hergestellt werden kann, ist nach allgemeinen Grundsätzen anzunehmen, und demgemäß auch von der zweiten Instanz in folgendem Rechtsfall entschieden:

Dr. Sutor m. n. c. M. Niedergericht 25. September 1846. Da zufolge der Anführungen des m. n. Imploranten die Imploratin erst vor einigen Monaten von hier entwichen, und ihr gegenwärtiger Aufenthalt unbekannt seyn soll, da nun nach constanter Praxis unserer Gerichte eine Edictal-

ladung behufs Scheidung wegen böslicher Verlassung gegen einen Ehegatten, dessen Aufenthalt unbekannt ist, erst nach Verlauf einer mindestens zweijährigen Abwesenheit verstattet wird, — daß m. n. Implorant mit seinem zur Zeit verfrüheten Antrage abzuweisen sey.

Obergericht 2. November 1846. Da, wenngleich im Allgemeinen und in den meisten Fällen sich die von den Gerichten befolgte Praxis, eine Edictalladung gegen einen abwesenden Ehegatten erst nach Ablauf von zwei Jahren nach der Entfernung desselben zu verstatten, dadurch vollkommen rechtfertigt, daß erst durch diese längere Zeit die Böslichkeit des Verlassens von Seiten des entwichenen Theiles sich mit Bestimmtheit herauszustellen vermag, doch im vorliegenden Falle, falls die theils einigermaßen notorischen, theils wenigstens vorläufig bescheinigten, von dem Imploranten angeführten Umstände noch näher documentirt werden, kein Grund vorliegt, deshalb, weil die Imploratin ihre Entweichung mit größerer Heimlichkeit betrieben und dadurch die Ausforschung ihres jetzigen Aufenthaltes unthunlich gemacht hat, den Imploranten zu einem längeren, in den positiven Gesetzen nicht vorgeschriebenen Verzuge vor Anstellung seiner Scheidungsklage zu zwingen, — daß, unter Aufhebung des Erkenntnisses a quo Implorant vorgängig im Niedergericht zu beeidigen schuldig, daß seine Ehefrau den von ihm producirten Brief bei ihrer Entfernung zurückgelassen, daß diese Entweichung ohne sein Wissen und gegen seinen Willen geschehen, und daß ihm der jetzige Aufenthalt seiner Ehefrau gänzlich unbekannt sey."

Kehren wir von solchen Ausnahmen zu dem gewöhnlichen und uniformen Rechtsgange zurück, so wird gemeinrechtlich für das Edictalverfahren von dem Imploranten der doppelte Beweis erfordert, daß er den Aufenthaltsort des Vorzuladenden nicht kenne, und daß er der Abwesenheit desselben kein anderes Motiv, als das der böslichen Verlassung zum Grunde legen könne. Außerdem verlangte man, daß er über die von ihm angewandten Bemühungen, den Aufenthalt des Entwichenen

in Erfahrung zu bringen, durch obrigkeitliche Atteste (die sogenannten Diligenzscheine) sich legitimire, als deren Surrogat mitunter die eidliche Versicherung (der Diligenzeid) zugelassen wurde. In Hamburg bediente man sich statt dessen, nachweislich schon im Anfange des vorigen Jahrhunderts, der sogenannten Nachfrage.[1] Diese, vom Niedergericht dem Gerichtsvoigt aufgetragene Erkundigung scheint früher in jedem Fall angeordnet zu seyn, wo eine öffentliche Vorladung wegen behaupteter Ungewißheit über den Aufenthalt des Citanden nachgesucht wurde; später kommt sie noch bei dem Verfahren wegen Tilgung alter Hauspöste und Renten, so wie in einigen ähnlichen Fällen vor,[2] und hat sich nur bei dem Verfahren gegen entwichene Ehegatten erhalten. Nach dem Wegfallen des Gerichtsvoigts wird sie dem Gerichtsboten aufgetragen,[3] der diese Erkundigung bei den ihm vom Imploranten aufgegebenen Personen vornimmt, und darüber zum Audienzprotokoll referirt. Die sonstigen Nachweisungen sind durch unsere Praxis auf einen von der implorantischen Partei zu leistenden Eid reducirt worden, dessen Inhalt sich aus folgenden, in früherer und neuerer Zeit beliebten Formulirungen ergibt:

16. Mai 1740. Würde Implorantin Petersen c. Petersen vermittelst Eides erhalten, immaßen ihr zu thun obliegt, daß ihr Ehemann 1732 heimlich von ihr gegangen, und sich ohne ihr Wissen von hier wegbegeben, auch wo er sich aufhalte, und ob er noch am Leben, sie seit 3 Jahren keine gewisse Nachricht erhalten können, und sie Implorantin

---

[1]) Schlüter Comm. zu art. 1. tit. 14. P. I. Stat. Ausgabe v. 1842. S. 66.

[2]) Anderson Hamb. Privatrecht Th. 5. S. 165.

[3]) Passender würde auch hier die protokollarische Vernehmung durch einen Gerichtscommissar seyn, wie sie durch die Verordnung in Betreff der Todeserklärungen art. 2 vorgeschrieben, und sonst üblich ist.

alsofort glaube, daß Implorat sie böslich verlassen, so soll ferner ergehen was Recht ist. [1])

16. Juli 1784. Daß Implorant vorgängig, daß er seiner entwichenen Ehefrau zu ihrer Verlassung und Entweichung auf keinerlei Weise Gelegenheit oder Veranlassung gegeben, auch seit Fastnacht 1781 von ihrem Aufenthalt nicht die mindeste Nachricht erhalten, eidlich zu erhärten schuldig sey, worauf sodann weiter erkannt werden soll. [2])

Gabel c. mar. 1844. Daß sie, seitdem ihr im November 1840 von hier gegangener Ehemann zuletzt im Sommer 1842 in M. gesehen worden, nichts wieder von ihm erfahren habe, mithin ihr auch jetzt von seinem Aufenthalte nichts bekannt sey, daß sie sich ferner nicht bewußt sey, ihm durch ihr Betragen Grund zu seiner Entfernung und Verlassung gegeben zu haben, ihr auch keine noch nicht angewandte Mittel bekannt seyen, wodurch derselbe wieder zurückgeführt oder sein Aufenthalt ausgemittelt werden könnte.

Da in älterer Zeit auch bei Nachsuchung einer Edictalladung wegen anderer Gegenstände dem Imploranten die Beeidigung seiner Unkunde über den Aufenthalt des Citanden injungirt wurde, [3]) so erklärt es sich, daß damals der Eid im Desertionsproceß gleich im Anfange des Verfahrens, also neben der Nachfrage, geleistet zu seyn scheint. [4]) Nachher

---

[1]) Aus Thesaur. jur. prov. et Stat. Tom. 2. p. 961.

[2]) Aus Anderson Hamb. Privatrecht Th. 5. S. 184.

[3]) Schreining Comm. zu art. I. tit. 14. P. I. Stat. Ausgabe von 1842 S. 67.

[4]) Anderson an dem in der vorigen Note angeführten Ort: "Wenn conjux contra conjugem in pto. desertionis malitiosae klagen will, wird recessiret: Weil Implorat Imploranten bereits seit . . . Jahren malitiose deseriret, als pet. die Nachfrage, wie auch admissionem ad ejurandam scientiam ihres desertoris Aufenthalts, et *hoc facto* edictalem citationem ad videndum rescindi matrimonium, und daß N. erlaubet werde, sich anderweitig zu verheirathen. Darauf wird die Nachfrage und juramentum erkannt." — von der Fecht zu art. 8. tit. 11. P. II. Stat. (p. 352.)

wurde die Auflage und Ableistung des Eides auf den Zeitpunkt nach Ablauf der Edictalcitation verlegt,[1] und dabei ist es seitdem verblieben. Hierdurch wird also die Edictalladung beinahe (abgesehen von der vorgängigen Nachfrage) auf dieselbe Linie gestellt, wie eine gewöhnliche Citation, welche stets ohne besondere Prüfung ihrer Rechtmäßigkeit verstattet wird. Dieser Grundsatz ist auch namentlich vom Obergericht ausgesprochen:

Barckhahn c. ux. 20. September 1839. Da der Implorant nicht nur eine Weigerung seiner Ehefrau, zu ihm zurückzukehren, behauptet, sondern auch anführt, daß dieselbe sogar ohne sein Wissen und wider seinen Willen Hamburg verlassen habe, ohne ihm auch nur Einmal Nachricht über ihren jetzigen Aufenthaltsort zu geben; da, wenn diese facta wahr seyn sollten (wie es vorläufig angenommen werden muß, indem es sich um die Zulässigkeit der Klage an sich handelt) die auf eine malitiosam desertionem gebauete Ehescheidungsklage des Imploranten für begründet erachtet werden muß; da es auch eben der Zweck der Edictalladung ist, es zu ermitteln, ob diese facta begründet sind oder nicht, indem durch dieselbe der Imploratin Gelegenheit gegeben werden soll, über den ihr von ihrem Ehemann gemachten Vorwurf des Treubruches sich zu reinigen und event. zu ihm zurückzukehren: daß das niedergerichtliche Erkenntniß vom 12. Juli 1839 wieder aufzuheben, und des Imploranten Gesuch um Erkennung der libellirten Edictalladung gegen seine Ehefrau für statthaft zu erklären.

Dieser Parallelismus würde noch plausibler seyn, wenn nicht theils die Annahme, daß die Edictalladung dem Citaten wirklich zu Gesicht kommen werde, in den meisten Fällen nur

---

"Eine Ehescheidung folget unfehlbar aufs Proclama über sechs Wochen, darum ein Proclama zu erkennen oder eine Ehe zu trennen, läuft auf eins aus."

[1]) So war es schon 1784. Vergl. Anderson Hamb. Privatrecht Th. 5. S. 184.

auf reiner Fiction beruhte, und wenn nicht andererseits eine solche Maaßregel, eben ihrer Publicität wegen, als ein Mittel der Chicane oder eines grundlosen Leichtsinnes gemißbraucht werden könnte. Jedenfalls sind die Gerichte verpflichtet, ein solches Verfahren gegen den Abwesenden dann zu verweigern, wenn seine Fortsetzung sich im voraus als zwecklos darstellt, weil nach den eigenen Angaben des Imploranten die Requisite einer böslichen Verlassung nicht vorliegen. Vergl. z. B.

Brandt c. mar. 24. Januar 1840. Da die Implorantin einräumt, auf das beigebrachte Schreiben ihres Ehemannes, worin derselbe ihr, unter vielfachen Versicherungen seiner Liebe und Anhänglichkeit, den Vorschlag macht, zu ihm nach S. zu kommen und mit ihm an seinem dortigen Wohnorte zu leben, ihrem Ehemann eine abschlägige Antwort ertheilt zu haben; da unter diesen Umständen Implorantin, wenn sie auch möglicher Weise gegründete Bedenken haben mochte den Versicherungen des Imploraten über seinen dortigen gesicherten Erwerb unbedingt zu trauen und ihr hiesiges Geschäft deshalb ohne Weiteres aufzugeben, dennoch dadurch nicht berechtigt erscheint, die Vorschläge ihres Ehemannes geradezu abzuweisen, und jedenfalls unter solchen Verhältnissen denselben nicht als einen böslichen Verlasser darstellen, auch den Eid, daß sie zu der Trennung keine Veranlassung gegeben und die Mittel eine Wiedervereinigung zu bewirken, nicht unbenutzt gelassen habe, nicht leisten kann, ohne welchen die nachgesuchten Edictalen wirkungslos seyn würden: daß dem implorantischen Antrage nicht Statt zu geben sey.

Die öffentliche Vorladung wurde früher bei uns, wie nach Sächsischem Recht, neben der hiesigen Affixion noch "in dreier Herren Landen" bekannt gemacht, und davon nur wegen Unvermögen des Klägers dispensirt [1]). Die Publication mußte nach ihrem verschiedenen Zweck in Terminen von sechs

---

[1]) Anderson zu art. I. tit. 14. P. I. Stat. Ein Präjudicat dieses Inhalts ist im Thes. jur. prov. & stat. tom. I. p. 1054 mitgetheilt.

Wochen und drei Tagen dreimal geschehen, nämlich zur Einlassung, zur Bescheinigung der Hindernisse wegen des Nichterscheinens, endlich zur Anhörung des Scheidungsurtheils.[1] Nach Ablauf der beiden ersten Termine wurde vom Niedergericht in contumaciam erkannt, und dann sofort die nothwendige Appellation an das Obergericht ergriffen, welches die dritten Edictales vorgängig erließ, und nach deren Ablauf definitiv die Ehe trennte.[2] In jetziger Zeit folgt das Verfahren den in der Gerichtsordnung von 1815 enthaltenen Vorschriften über Proclame.

Daß ein durch Edictalladung verfolgter Ehegatte unsere Gerichte jemals durch sein Wiedererscheinen in Verlegenheit gesetzt hätte, davon ist nichts bekannt, obschon er jetzt nicht mehr, wie im siebenzehnten Jahrhundert,[3] durch Strafdrohungen davon abgeschreckt wird. Sollte er vor der Scheidungssentenz zurückkehren, so erwartet ihn nach der Lehre mancher Schriftsteller[4] als Bedingung der fortzusetzenden Ehe die Pflicht zur eidlichen Reinigung von der Möglichkeit eines inzwischen von ihm begangenen Ehebruchs. Die Folgen einer Rückkehr nach dem Scheidungsurtheil werden zunächst nach der bekannten Controverse zu bemessen seyn, ob ein solches Urtheil überall in Rechtskraft übergehen könne? Die Bejahung dieser Streitfrage würde jedoch nach allgemeinen Grundsätzen einer in integrum restitutio des Beklagten wenigstens dann nicht im Wege stehen, wenn er von der Edictalladung keine Kunde erlangt hatte und zugleich sich über seine längere Abwesenheit genügend rechtfertigen kann. Am bedenk-

---

[1]) Danz Summar. Processe § 108. Schott Eherecht § 221. Note 4.

[2]) Klefeker Hamb. Gesetze Bd. 3. S. 521. Anderson Hamb. Privatrecht Th. 5. S. 183—185.

[3]) Clan Comm. zu art. 9. tit. 11. P. II. Stat.

[4]) Leyser Med. ad Pand. sp. 314. med. 5. Danz Summar. Processe § 108. Glück Comm. Th. 26. S. 455. Schott Eherecht § 221.

lichsten mögte man eine solche Wiedereinsetzung alsdann finden wollen, wenn der geschiedene Theil inzwischen zur zweiten Ehe geschritten war. Allein die Verordnung vom 15. October 1819 läßt wenigstens, wenn die erste Ehe beerbt und die zweite unbeerbt war, die letztere zu Gunsten jener selbst dann cessiren, wenn der zurückgekehrte Gatte während seiner Abwesenheit gerichtlich für todt erklärt war. Das Nämliche würde also nach Vergleichung mit art. 32. P. IV. Stat. mindestens auch dort Platz greifen müssen, wo es sich nur um einen gewöhnlichen Desertionsproceß gehandelt hat, selbst wenn man meinte, kein Gewicht darauf legen zu müssen, daß die Todeserklärung von anderen Voraussetzungen ausgeht und durch ihre Fristen und Formen weit größere Sicherheit gegen leere Fictionen gewährt als jener.

Im Bisherigen sind ausschließlich die Fälle besprochen, in welchen der Aufenthaltsort des deserlor unbekannt und nicht auszumitteln ist. Das unterscheidende Merkmal derselben liegt theils in der unvermeidlich dabei concurrirenden Ungewißheit über Leben oder Tod des Abwesenden, theils in der Unmöglichkeit einer anderweitigen Rechtshülfe für den verlassenen Gatten als diejenige, welche unter gewissen Förmlichkeiten zur Lösung des Ehebandes mit Erlaubniß der Wiederverheirathung führt. Es ist sehr erklärlich, daß die älteren und einflußreichsten Schriftsteller über Ehescheidung wie B e u s t, C a r p z o v, S t r y k, B r u n n e m a n n u. A. nicht anders wissen, als daß die Desertionsklage n u r d a n n angestellt werden könne, wenn es nicht bekannt ist, wohin der abwesende Ehegatte sich begeben hat. Das 16. und 17. Jahrhundert mit seiner Derbheit und seinem protestantischen Ernst war schwerlich dazu angethan, Jedem, dessen Ehegatte sich so eben im Nachbarhause einquartirt hatte, ohne Weiteres das Scheidungsurtheil zu bewilligen. Das Gegentheil ist auch leicht darzuthun, nach Voranschickung einer den Sprachgebrauch betreffenden Bemerkung. Wir sind nämlich gewohnt, unter der "ehelichen Beiwohnung" ausschließlich das Concumbiren oder die Leistung der sogenannten ehelichen Pflicht in dieser

speciellen Bedeutung zu verstehen. Eben so denkt man bei der "ehelichen Untreue" sofort und allein an die gröbste Art derselben, den Beischlaf mit einer fremden Person. Letzteres wird für eine frühere Zeit schon durch unser Statut widerlegt, welches in der Hauptstelle die Treulosigkeit mit der Desertion zusammenfaßt, und dem Ehebruch gegenüberstellt. Desgleichen macht eine treulose Verlassung zwar den vertrauten körperlichen Umgang unmöglich, nicht weniger aber auch die übrigen Zwecke der Ehe, für welche das Beisammenwohnen der Eheleute sich als die natürliche und regelmäßige Bedingung verhält. Die cohabitatio oder eheliche Beiwohnung muß, der ursprünglichen Wortbedeutung gemäß, dieses allgemeine Verhältniß der ehelichen Gemeinschaft bezeichnet haben, dessen Aufhebung für die Verweigerung des ehelichen Beischlafs nicht einmal unerläßlich ist, und dessen Wiederherstellung eine viel weiter greifende Bedeutung hatte, als daß man dabei an den unmittelbar forcirten coitus zu denken veranlaßt wäre. Das einander Beiwohnen sagte nicht mehr und nicht weniger als das bei einander Wohnen.

Ueber die Frage, wie gegen einen Ehegatten verfahren wurde, der sich nach der eigenmächtigen Trennung an demselben oder an einem andern bekannten Orte aufhielt, geben mehrere der älteren Particular-Kirchenordnungen Aufschluß, aus denen hier einzelne Stellen folgen mögen: [1])

Kirchenordnung für Kalenberg und Göttingen von 1542. "Eeliche Leute so von einander sein, sollen nach St. Paulus Lere 1. Cor. 7 widerumb versönet und zusammengebracht werden. Wo aber solches nicht sein will oder kann, da soll das schuldige Teil unseres freuntlichen lieben Sons Fürstenthum und unser Leibzucht ewiglich verweiset sein, und das unschuldige Teil auf unser Canzley Bescheidts auf Ansuchung gewarten."

---

[1]) Siehe Richter die evangelischen Kirchenordnungen Bd. I. S. 365. Bd. 2. S. 167. 382. 408. 466.

Goslarsche Consistorialordnung von 1555. "Nachdem sichs aber je zu Zeiten zuträgt, daß Eheleute aus Unwillen, Zorn u. dergl. einander nicht beiwohnen, und doch beide in diesen Landen, auch wohl zu Zeiten in einer Stadt wohnhaftig bleiben, dieselben sollen durch das Consistorium versühnet, und in Weigerung mit dem Bann, und in Verachtung des, durch die weltliche Obrigkeit zur Beiwohnung gedrungen werden."

Brandenburgische Visitations- und Consistorialordnung von 1573. "Wo sich nun ein Mann oder Weib vor unserm Consistorio beklagen würden, daß das Weib von dem Manne oder der Mann von dem Weibe in Ehebruch oder muthwilliger Weise gelaufen wäre, oder hätten sich sonst gesondert, und gebeten würde ihm zu gönnen sich anderweit zu verehelichen, soll in solchen Sachen nicht geeilet, sondern der Handel wohl erforschet, gehöret und inquirirt werden. Und wo das entlaufene Theil zu bekommen, und geladen werden kann, sollen sie beide fürderlich fürbeschieden, verhört, und wo nicht quaestio adulterii disputirt, oder adulterium continenti probirt würde, durch gebührliche Mittel einander wiederum ehelich beizuwohnen compellirt werden. Da sich auch darauf die beide Eheleute wieder zusammen begeben würden, und der eine Theil gleichwohl darüber sich wieder von dem andern absondern, soll derselbe durch die weltliche Obrigkeit gefänglich eingezogen, und ehe nicht ausgelassen werden, er habe dann sufficientem cautionem de cohabitando et juri stando si litigare voluerit, gethan."

Kursächsische Kirchenordnung von 1580. "Von den Ehegatten, so einander böslich verlassen. Würde der Ehemann von seinem Weibe, oder hinwiederum das Weib von ihrem Ehemann muthwillig laufen, und eins das ander eine Zeitlang sitzen lassen, und auf vorgehende öffentliche Citation sich nicht wieder einstellen, so soll das verbrechende Theil, zu welcher Zeit es hernach in des Churfürsten zu Sachsen unsers gnädigsten Herrn Landen betreten würde, mit

Staupenschlagen des Landes ewig verwiesen werden. Es wäre denn daß es wieder zur Versünung beider Eheleute gereichte; und auf den Fall soll nichts desto weniger das schuldige Theil mit Gefängniß willkürlich gestraft werden. Würden auch zwei Eheleute sich selbst von einander sondern, ungeacht daß sie gleich nicht außerhalb Landes gewichen, und sie wollten sich beiderseits nicht wieder versünen lassen, so sollen sie beide, oder das eine, unverseumlich mit Gefängniß so lang gestraft werden, bis sie einander wie sich gebürt ehelich beiwohnen."

Preußische Consistorialordnung von 1584. "Wo nun der Feind der Uneinigkeit sein Unkraut unter die sicheren Eheleute gesäet, und sie so weit gebracht, daß sie bei einander nicht wollen leben oder wohnen, da Pastores und Inspectores die Versöhnung auch vergeblich versucht, sollen sie alsdann in Zeiten, ehe die Verbitterung überhand nimmt und der Teufel gar einnistet, zu beiden Theilen ans Consistorium verwiesen werden, da denn die Consistoriales ferner allen möglichen Fleiß anwenden und ernstliche Verhandlungen vornehmen sollen, damit der zwischen den Eheleuten gefaßte Unwill, Haß und Neid und Unfreundlichkeit aufgehoben und sie wiederum in guten Fried und beständige Liebe und Einigkeit gesetzt werden. Da nur ein Theil auf seine Hartnäckigkeit und Muthwillen bestünde und sich dadurch von seinem Ehegatten zu entbrechen vermeinte, soll demselben eine gewisse Zeit zum längsten 8 Tage angesetzt werden, seinem Ehegatten christlich und friedlich beizuwohnen. Will er sich nachmals nicht besteuern noch weisen lassen, soll er 4 Wochen mit Gefängniß gestraft, und auf ferneren Ungehorsam des Landes verwiesen werden."

Also Sühneversuche, Kirchenstrafen, Erzwingung des Gehorsams durch Einsperrung, Landesverweisung und andere Strafen — das waren die Mittel, durch welche damals Jeder, der sich von seinem Gatten willkürlich abgesondert hatte, zur Fortsetzung des ehelichen Lebens angehalten werden sollte. Dazu stimmt auch der Ministerial-Entwurf einer

Hamburgischen Kirchen- und Eheordnung in den Sätzen: "Eigenmächtige Separation und boshafte Desertion werden von der weltlichen Obrigkeit mit Gefängniß und anderen schweren Strafen geahndet. — Wenn sich Eheleute muthwillig verlassen, es sey der Mann von seinem Weibe oder das Weib von ihrem Manne eigenmächtig sich scheiden, soll der schuldige Theil, wenn er gegenwärtig, mit Gefängniß bestraft werden, wenn er aber abwesend und auf ergehende Citation nicht erscheint, nachgehends, wenn er betreten und zu seiner Pflicht sich nicht will anweisen lassen, mit Staupenschlag verwiesen werden." [1]) Indessen hatte bereits Bugenhagen gerathen, daß man den auswärts sich aufhaltenden Mann, wenn dessen Wohnort bekannt sey, auf Verlangen der verlassenen Frau durch Subsidialschreiben vorladen, und auf sein wiederholtes Ausbleiben der Frau erlauben möge, wieder ehrlich zu freien. Demgemäß lassen die Ergänzungen zu der Lippischen Kirchenordnung von 1538, [2]) auch falls nach der Verlassung der angestellte Sühneversuch fruchtlos bleibt (zu welchem mithin der Abwesende sich gestellt haben muß), den Verlassenen ledig gesprochen und ihm die zweite Ehe gestattet werden. Die spätere Lippische Consistorialordnung von 1600 [3]) läßt dem Kläger die Wahl, wegen böslicher Verlassung gegen den desertor entweder auf Scheidung oder auf Cohabitation und Beiwohnung seinen Antrag zu richten. Im ersteren Fall wird ein Contumacialverfahren bis zur Ehetrennung normirt, im letzteren soll, beim Ungehorsam des Vorgeladenen, der Kläger zu seinem Unterhalt in dessen Vermögen eingewiesen werden. Hätten aber die Eheleute bereits eine Zeit lang zusammen gelebt, so werde der gegen das Endurtheil ungehorsame Beklagte mit Gefängniß zur Beiwohnung compellirt.

---

[1]) Westphalen Geschichte der Grundgesetze Bd. 3. S. 42. 44.

[2]) Richter evangel. Kirchenordnungen Bd. 2. S. 499.

[3]) Lippert Annalen Heft 1. S. 134.

Aus diesen Elementen bildete sich die spätere, von Leyser [1] (1716) bezeugte und vertheidigte Consistorialpraxis. "In Desertionsprocessen — sagt er — welche wider eine gegenwärtige oder doch an einem gewissen Orte sich aufhaltende Person angestellt werden, pflegen die evangelische Consistoria dergestalt zu verfahren, daß sie anfänglich die Güte versuchen, hiernächst, wenn diese nichts verfangen will, gehörige Zwangmittel zur Hand nehmen, und endlich, daferne auch selbige unfruchtbar, die wirkliche Ehescheidung erkennen." Damit stimmt auch ein von dem Bürgermeister Möller referirter Hamburgischer Rechtsfall aus dem Jahre 1607 überein:

In Sachen Hoyer gegen dessen Ehefrau (welche ihrem Ehemanne nicht beiwohnen wollte) ist am 28. Januar 1607 erkannt, daß sie demselben zwischen hier und Ostern ehelich beiwohnen, auch der Ehemann sich christlich und friedsamlich verhalten sollte. Als sich die Frau ferner weigerte, ist auf eingeholten Rath der theologischen Facultät zu Rostock, den 8. October ejusd. erkannt: so sie der vorigen Urthel nicht pariren würde, daß sie mit Gefängniß zu belegen; sollte sie bei der Verweigerung bleiben, so würde sie als eine muthwillige desertrix erkannt und dieser Stadt verwiesen, und dem Kläger sich zu verheirathen gestattet." [2]

Wenn man auf solche Zwangs- und Strafmittel, gleichviel aus welchen Motiven, vollständig verzichtet, so wird dadurch eine Analogie mit dem ursprünglichen Desertionsproceß gegen Verschollene möglich [3] und entsteht das Bedürfniß,

---

[1] Leyser Med. ad Pand. Spec. 314. Med. 2. 3.

[2] Bürgermeister Möller Commentar zu art. 8. tit. 11. P. II. Stat. Auch abgedruckt in Gries Commentar Bd. 2. S. 25, dessen Herausgeber hier nur eine hartnäckige Verweigerung des Beischlafs annimmt.

[3] Hommel Rhapsod. quaest. vol. 4. obs. 612. "Nescio quid in mentem venerit doctoribus quibusdam, ut existiment, si desertoris aut desertricis mansio haud ignota sit, desertionis processum institui non posse, sed deserentem tunc a saeculari

jene Lücke auf anderem als historischem Wege, also mittelst theoretischer Construction und durch die Praxis auszufüllen. Auf diesen Standpunkt stellt sich auch Lippert in der schon angeführten gründlichen Abhandlung.[1] Wie kann, fragt er, sobald man die Handlung der böslichen Verlassung als selbstständigen Ehescheidungsgrund anerkennt, von dem Umstande, daß der Aufenthaltsort des abwesenden Ehegatten bekannt oder daß dieser nicht bekannt ist, Trennung oder Fortdauer des Ehebandes abhängig gemacht werden, wenn nur die Existenz der böslichen Verlassung selbst bewiesen, oder man zur Annahme derselben (wegen Ungehorsams des abwesenden Ehegatten) berechtigt ist? Mir scheint es, als ignorire man hierdurch die Sache selbst, und halte sich blos an der Form; als übersehe man das Wesen eines Verhältnisses, und greife statt dessen das Zufällige auf, ja! es scheint mir ein großer Widerspruch darin zu liegen, wenn man in dem Einen Falle Ehetrennung aussprechen zu dürfen glaubt, in dem andern, wenn die bösliche Verlassung auch klar am Tage liegt, die Ehescheidung als unzulässig ansieht, und durch Zwang den abwesenden Ehegatten zur Fortsetzung seines ehelichen Verhältnisses anhalten zu müssen meint. Wenn die Thatsache der böslichen Verlassung an und für sich als ein Ereigniß, welches die Scheidung der Ehe wirkt, anerkannt ist, wie läßt es sich hiermit vereinigen, wenn man den Grundsatz aufstellt: ist der Aufenthaltsort des abwesenden Ehegatten, der durch seine Entfernung der böslichen Verlassung sich schuldig machte, bekannt, so nöthige man ihn durch Gewalt, zu dem verlassenen Ehegatten heimzukehren, und werde nicht die Ehe geschieden; weiß man aber nicht, wohin er sich begeben, so werde die

---

judice in domum per praecepta poenalia redigendum esse. Tale qui docent, confundere videntur requisita edictalis citationis cum desertionis processu."

[1] Beiträge zur Lehre von den Ehescheidungen, in den Annalen des Kirchenrechts Heft 1. S. 101 — 153. A. Müller Handbuch des Kirchenrechts Bd. 2. S. 228 nennt dieselbe "eine wahre Metaphysik des Ehedesertionsprocesses."

Ehe getrennt. Liegt hierin nicht klar ausgesprochen, daß die bösliche Verlassung an und für sich nicht als Ehescheidungsgrund erscheine, sondern daß eigentlich nur der Umstand, daß man des Entfernten nicht habhaft werden kann, die Auflösung des Ehebandes zur Folge habe? Daß, auch wenn der Aufenthaltsort des Abwesenden unbekannt ist, keine Scheidung der Ehe erkannt werden dürfe, wenn man Mittel hätte, denselben zur Fortsetzung der Ehe mit dem verlassenen Gatten anzuhalten? — Faßt man aber in's Auge, daß nur die Handlung der böslichen Verlassung es sey, welche eine Scheidung der Ehe herbeiführt, nicht die zufälligen Umstände, unter denen dieselbe sich zutrug, so muß man behaupten, daß, wenn man den Aufenthaltsort des entfernten Ehegatten kennt, weit sicherer wegen böslicher Verlassung die Ehe getrennt werde, als wenn diese Kunde mangelt, wenn der Abwesende wegen eines blos möglichen Ungehorsams als confessus et convictus angesehen wird, und die Scheidung der Ehe folgt; weil in ersterem Falle genauer das Factum der desertio malitiosa ermittelt werden kann als in letzterem.

Mit dieser Ansicht steht die von den hiesigen Gerichten befolgte Procedur, zu deren Darstellung wir uns wenden, ganz im Einklang. Der Unterschied, ob der beklagte Theil hier anwesend ist oder ob ein Subsidialschreiben nach seinem auswärtigen (vom Kläger angegebenen) Aufenthaltsorte gebeten und gerichtsseitig verfügt wird, bewirkt nur, daß im letzteren Fall eine gerichtliche Prüfung des Klagantrages Statt finden kann, zu welcher sich keine Veranlassung bietet, wenn die Citation gegen einen Hiesigen, wie in jeder anderen Streitsache, ausgebracht wird. Diese Prüfung darf jedoch zu einer Verweigerung der Subsidialladung und zur sofortigen Zurückweisung des Antrages nur dann führen, wenn die Unstatthaftigkeit des letzteren ohne Weiteres constirt, also wenn die factischen Anführungen mit der Annahme einer böslichen Verlassung unvereinbar sind. Dagegen ist zur Cognition über die Wahrheit und Rechtmäßigkeit der klägerischen Darstellung hier noch nicht der Ort.

Lienau c. mar. 20. September 1839. Da aus den von der Klägerin producirten Documenten theils hervorgeht, daß schon seit längerer Zeit eine Trennung der Ehegatten mit beiderseitiger Bewilligung Statt gefunden, theils auch, daß die Entfernung des Beklagten keine vollkommen freiwillige gewesen, hier auch eine eigentliche bösliche Verlassung um so weniger vorliegt, als auch durchaus nicht constirt, daß Beklagter seiner Ehefrau verboten hätte, ihm nach seinem neuen Wohnort zu folgen: daß Klägerin mit ihrer auf Ehescheidung wegen böslicher Verlassung erhobenen Klage abzuweisen sey.

Obergericht 20. December 1839. Da die malitiosa desertio ein gesetzlicher Ehescheidungsgrund ist; da die Implorantin eine malitiosa desertio ihres Ehemannes behauptet hat, und ihre factische Darstellung damit nicht im Widerspruch steht; da ferner die Möglichkeit, daß durch die beklagtische Vertheidigung und namentlich durch specielle Einreden sich der Ungrund der Klage ausweisen könnte, eine gänzliche Abweisung nicht rechtfertigen würde: daß das niedergerichtliche Erkenntniß vom 20. September wieder aufzuheben, und der Implorantin die gebetenen Subsidiales nach Montevideo zu gestatten.

Hoppe c. mar. 29. October 1847. Da . . . nach dem übrigen Inhalt der Klagschrift die Bedingnisse einer Scheidungsklage wegen böswilliger Verlassung überall nicht vorliegen, indem Klägerin ihrerseits, und zwar in der ausdrücklich erklärten Absicht, zu ihrem Ehemanne nicht zurückkehren zu wollen, den Wohnort desselben verlassen hat: daß Klägerin mit ihrem Antrage abzuweisen sey.

Obergericht 3. December 1847. Da . . . es sich zur Zeit nur darum handelt, den Beklagten wegen des gegen die Klägerin deren Angabe nach beobachteten Verfahrens zur Verantwortung zu ziehen, und ihn zur Vernehmlassung auf die dieserhalb gegen ihn angestellte Klage zu veranlassen, wobei es selbst für den Fall der Nichterscheinung des Beklagten dem Gerichte anheimgestellt bleibt, annoch weitere

Renseignements über die in der Klage angeführten Thatsachen und den Beweis oder eine Bescheinigung derselben zu verlangen: daß das Erkenntniß a quo wieder aufzuheben ... und die gebetene Citation zu verstatten sey.

Das weitere Verfahren scheidet sich, jenachdem der Beklagte der Aufforderung, sich auf die Klage vernehmen zu lassen, Folge leistet, oder ungehorsam ausbleibt. Wenn er in jenem ersteren Fall sich zur Rückkehr oder zur Fortsetzung der Ehe unbedingt bereit erklärt, so würde damit der Streit ein Ende haben, denn das die Klage begründende factum der Verlassung wird noch jetzt nicht so angesehen, daß der klagende Theil den daraus resultirenden Anspruch schon in bonis hätte und das darin etwa liegende Verschulden nicht noch bis zur Scheidungssentenz reparirt werden könnte; auch ist hier schwerlich die Ansicht [1] recipirt, daß bei angebotener Wiedervereinigung der Beklagte auf Verlangen des Klägers anzuhalten sey, den aus seiner Entfernung angeblich hervorgehenden Verdacht des Ehebruchs vorgängig von sich abzulehnen. Wenn ferner der Beklagte seine Entfernung zu rechtfertigen sucht, so wird darüber nach den sonst gewöhnlichen Regeln processualisch verhandelt und entschieden. [2] Wenn er sich nur unter gewissen Bedingungen und Eventualitäten zur Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft bereit erklärt, so werden diese Bedingungen entweder approbirt nnd die klagende Partei zu deren Erledigung angewiesen, oder der Beklagte wird, sofern dieselben verwerflich erscheinen, seiner eventuellen Weigerung gemäß, wie sofort zu erwähnen ist, behandelt.

---

[1]) Sie findet sich als geltendes Recht noch bei Eichhorn Kirchenrecht Bd. 2. S. 486.

[2]) Z. B. Poppe c. ux. 10. Juni 1836. Daß der Klagegrund an und für sich als eingestanden zu betrachten, der Beklagten aber der Beweis nachzulassen sey, daß der Kläger durch seine nach dem 13. Februar 1836, als dem Termin, wo die Beklagte ihrer eigenen Angabe zufolge zuletzt zum Kläger zurückgekehrt ist, erfolgten Mißhandlungen und Drohungen ihr gegründete Veranlassung zu ihrer Entfernung von ihm gegeben habe.

Sturm c. mar. 15. März 1847. Da Beklagter nicht in Abrede zu stellen vermocht hat, daß er durch Betreibung von Geschäften gegenwärtig in L. ein wenn auch nicht reichliches, doch mäßiges Auskommen gefunden habe, da unter diesen Verhältnissen seine Verpflichtung, mit der Klägerin in seinem jetzigen Domicile das gemeinschaftliche eheliche Leben wiederherzustellen, keinem Zweifel unterliegen kann: daß Beklagter zu verpflichten sey, in 4 Wochen die Klägerin in seinem Domicile zu L. wiederum bei sich aufzunehmen, und sie zu dem Ende mit dem nöthigen Gelde zur Reise dorthin zu versehen, unter dem Präjudiz widrigenfalls für einen böslichen Verlasser seiner Ehefrau angesehen zu werden.

Endlich kann — und dies ist ein häufiges Vorkommniß — der Beklagte zwar compariren, aber nur, um die angestellte Klage durch die entschiedene (einfache oder mit irrelevanten Vorwürfen gegen den klagenden Theil begleitete) Weigerung der Rückkehr und Wiedervereinigung zu beantworten. Nach den Grundsätzen des Civilprocesses würde dann ein gerichtliches Geständniß über die bösliche Verlassung als das Klagfundament vorliegen, und wenn es sich um ein reines schon wohlerworbenes Privatrecht handelte, so wäre der Ausspruch der beantragten Scheidung davon die unmittelbare Consequenz. Allein was zunächst den letzteren Punkt betrifft, so ist zwar das ältere Princip verschwunden, wonach die Fortsetzung einer solchen Ehe durch Strafdrohungen und Executionen erzwungen oder wenigstens herbeizuführen versucht werden sollte; davon hat sich jedoch die Regel erhalten, daß ungeachtet der ausdrücklichen Weigerung ein Mandatum de revertendo, d. h. ein gerichtlicher Befehl, erlassen wird, innerhalb einer bestimmten Frist die eheliche Gemeinschaft fortzusetzen, unter dem Rechtsnachtheil, widrigenfalls als böslicher Verlasser angesehen zu werden. Diese Form wird auch von Amtswegen beobachtet, und es macht dabei keinen Unterschied, ob das petitum der Klage auf Verpflichtung zur Rückkehr unter dem Präjudiz der Scheidung wegen böslicher Verlassung

oder sofort auf diese letztere gerichtet seyn mag, vielmehr läuft Beides in der That auf dasselbe hinaus. — Ganz der nämliche Weg wird auch in dem zweiten Hauptfall eingeschlagen, wenn der Beklagte auf die peremtorische Ladung in contumaciam wider sich verfahren läßt, so daß alles Weitere im Wesentlichen gleichmäßig eintritt, mag die von ihm versuchte Rechtfertigung seiner Entfernung mißlungen, die aufgestellte Bedingung der Wiedervereinigung verworfen, eine ausdrückliche Weigerung von ihm vorgebracht worden seyn, oder es an einer Einlassung auf die Klage überhaupt gänzlich fehlen.

Daß die ausgeführten Strafbefehle der früheren Zeit, wenn sie erfolglos blieben, zur nunmehrigen Trennung der Ehe auf den Antrag des Klägers führen mußten, das verstand sich von selbst, und konnte auch keinem Bedenken unterliegen. Den gleichen Effect haben gemeinrechtlich [1]) die richterlichen, unter Androhung des Präjudizes der böslichen Verlassung ergangenen Befehle zur Fortsetzung der Ehe. Die gesetzliche Voraussetzung der Ehescheidung liegt in der Weigerung des Beklagten oder in seiner Contumaz, verbunden mit der Fruchtlosigkeit des nochmaligen gerichtlichen Befehles, nach dieser arglosen Ansicht als erwiesen vor. Damit stimmten auch die Entscheidungen der hiesigen Gerichte bis auf die neueste Zeit völlig überein. Der Uebergang zu einer strengeren Theorie wurde, so viel bekannt, durch zwei hier zu referirende Rechtsfälle aus dem Jahre 1837 eingeleitet.

1) Die Klägerin H. trug vor: ihr Ehemann sey vor vier Jahren von hier gegangen, ohne weder damals noch später zu ihrer und der Kinder Unterhalt das Geringste beizutragen. Alle Versuche, ihn zur Rückkehr und zur Erfüllung seiner Pflichten zu bewegen, seyen fruchtlos gewesen, er habe vielmehr erklärt, nicht wieder zurückkehren zu wollen; sie bitte demnach, die Ehe wegen böslicher Verlassung zu trennen, und

---

[1]) Vergl. Lippert a. a. O. S. 139—141.

vorgängig Subsidiales gegen den Beklagten nach seinem jetzigen Aufenthaltsorte Elberfeld zu erlassen. In dieser Ladung wurde dem Citaten auferlegt, sich binnen 6 Wochen auf die Klage bei Strafe des Ungehorsams vernehmen zu lassen, und nach Ablauf der Frist interloquirt:

Daß Beklagter in contumaciam seiner Einreden gegen die erhobene Klage verlustig zu erklären, und derselbe schuldig sey, in zwei Monaten nach Insinuation dieses Bescheides die eheliche Verbindung mit der Klägerin fortzusetzen, unter dem Präjudiz, daß er widrigenfalls für einen böslichen Verlasser seiner Ehefrau erklärt und die Ehe gänzlich werde geschieden werden.

Auf ferneres Anrufen der Klägerin, daß er dieser Auflage nicht parirt habe, erging am 13. Januar 1837 das Erkenntniß:

Daß Beklagter nunmehr in contumaciam für einen böslichen Verlasser seiner Ehefrau zu erklären, die unter den Partheien bestandene Ehe zu trennen &c.

Das Obergericht dagegen verfügte am 3. März 1837:

Da aus dem vom Beklagten in Barmen gewählten Aufenthalte noch keineswegs eine bösliche Verlassung seiner Ehefrau, die nicht allein berechtigt, sondern auch selbst auf Verlangen verpflichtet ist, ihrem Ehemann dorthin zu folgen, hervorgeht, und da eben so wenig die bloße Contumaz des Beklagten zu einer, nicht der Privatwillkür der Ehegatten überlassenen Ehescheidung genügt: daß das niedergerichtliche, den Beklagten in contumaciam für einen böslichen Verlasser seiner Ehefrau erklärende und die unter den Partheien bestehende Ehe trennende Erkenntniß für jetzt, und bis nach beigebrachten genügenden Beweisen beabsichtigter böslicher Verlassung der Klägerin wieder aufzuheben, und die Sache zum eventuellen weiteren Verfahren zu remittiren.

In einem vom 7. Mai desselben Jahres datirten an das Obergericht gerichteten Schreiben erklärte der Beklagte nach Bescheinigung der Insinuation der verschiedenen Erkenntnisse: "In Erwägung der vorangegangenen Verhandlung im wohl=

löblichen Niedergericht erkenne ich hierdurch als freier und Hamburger Bürger offen und der Wahrheit getreu nicht nur die richterliche Competenz des Hamburgischen Niedergerichts in seiner ganzen Ausdehnung vollkommen an, sondern conformire mich zugleich als loyaler Unterthan eines freien und Hansestaates nach den sämmtlichen gegen mich erlassenen Urtheilen, sehe in Kraft dieser Urtheile meine Verbindung quoad vinculum als aufgelöset an, und erwarte die Confirmation eines hohen Obergerichts mittelst Conferirung der Sanction, indem ich mit meiner Frau nie wieder zusammenleben werde." — Nachdem die Klägerin sich zur Führung des ihr auferlegten Beweises lediglich auf dieses zu den Acten gelangte Schreiben bezogen hatte, erkannte das Niedergericht am 13. Juli:

"Da aus dem vom Beklagten eingegangenen, hinsichtlich der Unterschrift beglaubigten Briefe hervorgeht, daß Beklagter weder zu seiner Frau zurückkehren, noch dieselbe bei sich aufnehmen, noch auch für deren Unterhalt anderweitig sorgen wolle: daß nunmehr das niedergerichtliche die gänzliche Scheidung der Klägerin von dem Beklagten aussprechende Erkenntniß vom 13. Januar 1837 wieder herzustellen sey."

Das Obergericht reformirte abermals am 12. October:

"Da auch durch das von dem Beklagten eingegangene Schreiben eine bösliche Verlassung seiner Ehefrau nicht erwiesen werden kann, und eben so wenig die in diesem Schreiben ertheilte Erklärung, daß er mit seiner Frau nie wieder zusammenleben werde, zu einer nicht der Privatwillkür der Ehegatten überlassenen Ehescheidung genügt, die Klägerin jedoch den vorkommenden Umständen nach zu einem, nach Maaßgabe des Inhalts ihrer Klage zu formalisirenden, den Verdacht einer Collusion ablehnenden Erfüllungseide zuzulassen ist: daß das niedergerichtliche Erkenntniß für jetzt wieder aufzuheben, und die Klägerin zu einem Eide dahin, daß ihr Ehemann H. im Jahr 1832 wider ihren Willen oder doch ohne ihre Einwilligung von

hier fortgegangen sey, und auf ihre vor Anstellung der Ehescheidungsklage an ihn erlassene Aufforderung zur Fortsetzung der Ehe solches verweigert habe, zuzulassen sey.

Nach Abstattung dieses Eides wurde die Ehescheidung in beiden Instanzen ausgesprochen."

2) Der Kläger S. beschuldigte seine Ehefrau, daß sie, nachdem die Eheleute längere Zeit in Unfrieden gelebt hätten, von ihm weggelaufen sey und sich seitdem in der Vorstadt aufhalte, woselbst ihr auch die Citation insinuirt wurde. Am 7. Juli 1837 wurde die Beklagte in contumaciam ihrer Einreden für verlustig erklärt, und verpflichtet, binnen 14 Tagen zu ihrem Ehemann zurückzukehren, widrigenfalls sie für eine bösliche Verlasserin anzusehen seyn werde. Auf ferneren Antrag wurde dem Kläger am 18. August vorgängig der Eid auferlegt, "daß er seiner besten Ueberzeugung nach der Beklagten keine genügende Veranlassung gegeben habe, ihn zu verlassen," nach dessen Ableistung durch Erkenntniß vom 8. September die Beklagte als bösliche Verlasserin erklärt, und die Ehe geschieden. Das Obergericht erkannte aber am 6. October 1837:

"Da die bloße Contumaz der im Bezirke einer hiesigen Vorstadt sich aufhaltenden Beklagten zu einer, nicht der Privatwillkür der Ehegatten überlassenen Ehescheidung ungenügend ist: daß das niedergerichtliche Erkenntniß vom 8. September für jetzt wieder aufzuheben, und dem Kläger die Führung des Beweises, daß die Beklagte ihn böslich verlassen habe, nachzulassen sey."

Nachdem dieser Beweis durch Abhörung einer bei den litigirenden Eheleuten im Dienste stehenden Zeugin geführt war, erfolgte am 9. April 1838 in erster Instanz abermals ein Scheidungserkenntniß. Das Obergericht jedoch reformirte auch dieses am 8. Juni 1838:

"Da aus dem Zeugenrotul, auch abgesehen davon, daß derselbe nur die Aussagen einer, nach ihrem Verhältniß

zu den Partheien nicht über jeden Einwand erhabenen Zeugin enthält, nur so viel zu entnehmen ist, daß die Beklagte im Frühling 1837 trotz der Aufforderung des Klägers bei ihm zu bleiben, sich, unter der Erklärung nicht wieder zu ihm zurückkehren zu wollen, von ihm entfernt hat; da aber, daß später von dem Kläger irgend Versuche gemacht seyen, die Beklagte zu bewegen, wieder zu ihm zurückzukehren, durchaus nicht constirt, und es somit an dem, wenn die Verlassung als Scheidungsgrund gelten soll, nothwendigen Beweise eines hartnäckigen Verharrens der Beklagten bei ihrer Weigerung zu dem Kläger zurückzukehren fehlt: daß das niedergerichtliche Erkenntniß vom 9. April d. J. wieder aufzuheben, dem Kläger jedoch noch ein besserer Beweis der böslichen Verlassung seiner abseiten der Beklagten, und ihres hartnäckigen Verharrens dabei nachzulassen sey."

Dem Obergericht seinerseits kann jedoch für die spätere Zeit der Beweis eines hartnäckigen Verharrens bei dieser Verlassung der früheren minder strengen Methode keineswegs nachgelassen werden. So lange solche Entscheidungen nur vereinzelt dastanden, war der Einfluß einer "Berücksichtigung obwaltender Umstände" und des jährlichen Wechsels im Richterpersonal nicht außer Acht zu lassen. Das Niedergericht kehrte deshalb in einer Reihe von gleichartigen Entscheidungen zu dem bisherigen Princip zurück, und hatte das Glück, dieselben in zweiter Instanz sämmtlich bestätigt zu finden. Davon zwei Beispiele:

Leimich c. ux. 6. December 1844. Daß bei der auch jetzt (— am 21. October war der Beklagten unter dem gewöhnlichen Präjudiz auferlegt in 4 Wochen zu dem Kläger zurückzukehren —) ganz unmotivirt gebliebenen Weigerung der Beklagten zu ihrem Ehemann zurückzukehren, nunmehr ohne Weiteres das angedrohte Präjudiz in Kraft zu setzen, die Beklagte demnach für eine bösliche Verlasserin ihres Ehemannes zu erklären, das zwischen den Partheien

bestandene Band der Ehe gänzlich aufzuheben u. s. w. (Im Obergericht bestätigt.) [1])

Brettmann c. ux. (Der Kläger behauptete bösliche Verlassung und Ehebruch. Die Beklagte erklärte, daß sie nicht zu ihrem Ehemanne zurückkehren wolle; die Beschuldigung des Ehebruchs überging sie mit Stillschweigen, und wurde desselben in contumaciam, also durch Fiction, für geständig angenommen.) 20. Februar 1846. "Da die Beklagte einräumt, ihren Ehemann, den Kläger, schon vor geraumer Zeit verlassen zu haben, auch ohne einen Antrag auf Scheidung zu Tisch und Bett oder auf eine sonstige Maßregel zur Beendigung des durch diese Verlassung herbeigeführten gesetzwidrigen Zustandes zu stellen erklärt, daß sie niemals und unter keiner Bedingung zu ihrem Ehemann zurückkehren werde; da überdies dem Kläger nicht zuzumuthen ist annoch einen vorgängigen Antrag auf Rückkehr seiner des Ehebruchs geständigen Ehefrau zu stellen, sondern unter diesen Umständen sein Gesuch um sofortige Aussprechung der Ehescheidung gerechtfertigt erscheint: daß Beklagte für eine bösliche Verlasserin ihres Ehemannes zu erklären, demnach die zwischen beiden bisher bestandene Ehe gänzlich zu trennen u. s. w. (Im Obergericht bestätigt 25. Mai 1846.)

Der entscheidende Wendepunkt für die sehr organische Fortbildung dieser Rechtsmaterie fällt mit dem Neujahr 1846 zusammen. Damals erlitten mehrere Rechtssachen, die im Niedergericht den vorhin beschriebenen stätigen Verlauf genommen hatten, in zweiter Instanz folgendes überraschende Schicksal.

Peine c. ux. Obergericht. 2. Januar 1846. Daß das vom Kläger Appellanten zur Confirmation vorgelegte niedergerichtliche Ehescheidungs-Erkenntniß vom 31. October 1845

---

[1]) Eben so Brüning c. ux. 19. August 1842. Nielsen c. ux. 7. Juli 1843. Stäcker c. ux. 31. Mai 1844. Petersen c. ux. 13. Januar 1845.

jedenfalls für jetzt wiederum aufzuheben, und Kläger schuldig ist, diejenigen Umstände und facta, welche zur Begründung der behaupteten böslichen Verlassung der beklagten Ehefrau dienen sollen, nicht nur genau und präcise anzugeben, sondern dieselben demnächst auch, insofern und soweit sie für zureichend und relevant werden erachtet werden, gehörig zu constatiren.

Ellerbrock c. mar. Obergericht. 2. Januar 1846. Daß das niedergerichtliche Ehescheidungserkenntniß vom 10. October 1845, auf dessen Confirmirung von der Klägerin Appellantin angetragen worden, seiner dereinstigen eventuellen Wiederherstellung unbeschadet, wieder aufzuheben, und die Klägerin anzuweisen ist, die behauptete bösliche Verlassung des Beklagten nicht nur durch Angabe der näheren Umstände ordnungsmäßig zu begründen, sondern auch das Erforderliche, und namentlich, sofern es demnächst nöthig erachtet wird, die behauptete während 8 Jahren bestandene factische Trennung gehörig zu constatiren.

Hertz c. ux. Obergericht. 27. April 1846. Da aus dem abgesonderten Wohnen der Ehefrau des Klägers noch keineswegs eine bösliche Verlassung hervorgeht, und eben so wenig die Contumaz der Beklagten und die Nichtbefolgung des Rückkehr-Injuncti zu einer, nicht der Privatwillkür der Ehegatten überlassenen Ehescheidung genügt: daß das niedergerichtliche, die Beklagte für eine bösliche Verlasserin ihres Ehemannes erklärende und die zwischen beiden bestehende Ehe hinsichtlich des bürgerlichen Bandes gänzlich trennende Erkenntniß vom 6. Februar d. J. für jetzt, und der eventuellen künftigen Wiederherstellung unbeschadet, wieder aufzuheben, und Kläger in termino praefigendo et reprob. salva zu beweisen schuldig, daß und wann seine Frau ihn ohne Grund böslich verlassen habe.

Seitdem hat, da in Ehescheidungssachen die zweite Instanz unvermeidlich ist und zugleich die letzte bildet, auch das Niedergericht sich dieser Neuerung conformirt. Wenn also der Beklagte sich der Rückkehr weigert oder in contumaciam

gegen sich prodediren läßt, kurz in allen Fällen, wo nach der ersten Verhandlung ein Scheidungserkenntniß nicht als unmöglich sich darstellt, wird auf Beweis der böslichen Desertion nach Maaßgabe der klägerischen Darstellung erkannt; vorher pflegt jedoch noch jetzt das Gebot der Fortsetzung der Ehe in bestimmter Frist erlassen und dessen Erfolg abgewartet zu werden, obschon dasselbe bei dieser Sachlage seine ursprüngliche Bedeutung wesentlich eingebüßt hat, und nicht mehr zu dem modernen System paßt. — Der Beweis kann durch Zeugen vollständig erbracht [1]) oder nach deren Vernehmung noch durch einen Erfüllungseid ergänzt werden. [2]) Er kann aber auch durch den alleinigen Eid des Klägers geführt werden, wie zuerst in folgendem Rechtsfall vom Obergericht ausgesprochen wurde:

Schlesinger c. mar. Niedergericht. 24. August 1846. Daß nunmehr Beklagter in Gemäßheit des angedrohten Präjudizes für einen böslichen Verlasser seiner Ehefrau, der Klägerin, zu erklären, übrigens die letztere zu verpflichten sey, zur Erlangung der von ihr beantragten Ehescheidung annoch vorgängig die von ihr angegebenen Umstände hinsichtlich der böslichen Entfernung ihres Ehemannes näher nachzuweisen, bei welchem lediglich aus Gründen des öffentlichen Wohles angeordnete Beweisverfahren dem Beklagten jedoch keine Theilnahme zu gestatten ist.

Obergericht 25. Januar 1847. Da die in der Klage in Beziehung auf die bösliche Verlassung der Klägerin abseiten

---

[1]) In S. Prigge c. ux. wurde am 10. Juli 1846 der Beweis der böslichen Verlassung gegen die nicht erschienene Beklagte durch zwei Zeugen für geführt erklärt, die gesehen hatten, wie die Beklagte unter Mitnahme von Effecten die Wohnung des Klägers in dessen Abwesenheit verließ.

[2]) Hertz c. ux. 28. September 1846. Daß vorgängig Kläger den angebotenen Erfüllungseid dahin sub poena recusati zu leisten schuldig, daß seine Ehefrau sich um Fastnacht 1842 heimlich aus seiner Wohnung entfernt habe, und seiner Aufforderung ungeachtet bis jetzt nicht zu ihm zurückgekehrt sey.

ihres Ehemannes angeführten Thatsachen noch bisher jeder Bescheinigung ermangeln, ohne eine vorgängige Bescheinigung derselben der Beklagte aber nicht in contumaciam für einen böslichen Verlasser seiner Ehefrau erklärt werden kann, da übrigens im vorliegenden Fall durchaus keine Veranlassung zu dem Verdacht einer Collusion vorhanden ist, und daher ein Eid der Klägerin für die Bescheinigung der Wahrheit der von ihr angeführten Thatsachen genügen würde: daß das niedergerichtliche Erkenntniß vom 24. August 1846 dahin abzuändern, daß es auch schon für genügend zu erachten, wenn die Klägerin die Wahrheit der in der Klage angeführten Thatsachen beeidigen würde."

Seitdem pflegt dem Kläger schon bei der vorgedachten Beweisauflegung es ausdrücklich unbenommen gelassen zu werden, sich behufs Führung desselben, sofern ihm anderweitige Beweismittel nicht zu Gebot stehen, zur Ableistung eines sachgemäßen Eides zu erbieten. Der Inhalt dieses Eides bezieht sich theils auf die Bekräftigung der klagend erzählten Thatsachen, theils auf eine Protestation gegen den etwaigen Verdacht einer Collusion. [1])

---

[1]) Dies zeigen folgende Beispiele.

Sturm c. mar. 7. Mai 1847. Daß sie (die Klägerin) seit der bestehenden factischen Separation von ihrem Ehemann, sowohl bei den früheren Anwesenheiten desselben in Hamburg als auch namentlich bei seinem letzten im vorigen Winter stattgehabten Aufenthalt hieselbst, denselben ernstlich aufgefordert habe, daß er endlich seinen Pflichten als Ehemann wieder nachkommen und sie zu sich nach L. nehmen möge.

Wrede c. mar. 16. Juli 1847. Daß sie ihren Ehemann, den Beklagten, ernsthaft aufgefordert habe, sie wieder bei sich als seine Ehefrau aufzunehmen, und daß seiner jetzigen Weigerung, dies zu thun, nicht etwa eine zwischen ihr und ihm deshalb getroffene Verabredung zu Grunde liege.

M. c. ux. 2. April 1849. Daß er sich nicht bewußt sey, seiner Ehefrau, der Beklagten, genügende Veranlassung gegeben zu haben, sich von ihm zu trennen, auch ihrer Entfernung von ihm keine beiderseitige Verabredung zum Grunde liege.

Der gangbare Begriff der böslichen Verlassung muß vornämlich durch die vorstehende Beschreibung des desfallsigen gerichtlichen Verfahrens deducirt werden. Zu seiner Begränzung ist nur noch Weniges über die Ansicht unserer Gerichte hinzuzufügen. Zunächst ist wohl mit Recht angenommen, daß von Seiten des Mannes eine bösliche Verlassung der Frau auch dadurch operirt werde, wenn er dieselbe, ohne seinerseits den Ort zu verändern, wider ihren Willen von sich stößt und sie nöthigt, ihm fern zu bleiben.

Hoppe c. mar. 29. October 1847. Da nach dem Inhalte der Klagschrift die Bedingnisse einer Scheidungsklage wegen böswilliger Verlassung überall nicht vorliegen, indem Klägerin ihrerseits, und zwar in der ausdrücklich erklärten Absicht, zu ihrem Ehemann nicht zurückkehren zu wollen, den Wohnort desselben verlassen hat: daß Klägerin mit ihrem erhobenen Antrage abzuweisen sey.

Dagegen Obergericht 3. December 1847. Da eine bösliche Verlassung in diesem Falle auch dann anzunehmen seyn würde, wenn der Beklagte, wie die Klägerin es behauptet, sie auf eine rechtswidrige Weise und in der Absicht, sich ihrer zu entledigen, in Calcutta verstoßen und der Hülflosigkeit preisgegeben hat ... daß die gebetene Citation zu verstatten sey.

Dagegen soll, wenn der Ehemann sich von der Frau mit ihrer Bewilligung oder zu dem Zweck, um auswärts ein Unterkommen zu suchen, entfernt hatte, hierin eine bösliche Verlassung auch dann nicht gefunden werden, wenn er sie längere Zeit ohne pecuniäre Unterstützung gelassen hat.

Meyer c. mar. 27. Mai 1842. Da Klägerin selbst anführt, daß die Entfernung des Beklagten von ihr mit ihrer Zustimmung geschehen, aus der Unterlassung der Zahlung von angeblich versprochenen Alimenten aber nicht gefolgert werden kann, daß Beklagter als ein böslicher Verlasser anzusehen sey: daß Klägerin mit ihrem auf gänzliche Trennung ihrer Ehe mit dem Beklagten hinausgehenden Antrage ab und zur Ruhe zu verweisen sey. (Im Obergericht bestätigt 19. August 1842.)

Lienau c. mar. 3. Juni 1842. Da aus den jetzigen Verhandlungen in dieser Sache keine genügenden Gründe sich ergeben, aus welchen die Entfernung des Beklagten als eine bösliche Verlassung seiner Ehefrau angesehen werden kann, indem es dem Ehemann nicht zu verwehren ist, auch im Auslande ein Unterkommen und Erwerb zu suchen, Dürftigkeit und Unvermögenheit, für den Augenblick seiner Ehefrau Alimente zu geben, aber nicht zu den Ehescheidungsgründen gezählt werden können: daß Klägerin mit ihrer erhobenen Klage abzuweisen sey. (Im Obergericht bestätigt 19. August 1842.)

Endlich steht zwar eine, nur durch Privatwillkür anfänglich verabredete Trennung dem Verlangen nach Aufhebung dieses Zustandes und der eventuellen Klage über bösliche Verlassung nicht entgegen. [1]) Dagegen ist durch eine Reihe von Entscheidungen der Satz festgestellt, daß durch eine früher erkannte und noch bestehende Separation zu Tisch und

---

[1]) Barckhahn c. ux. 12. Juli 1839. Da aus der von dem Imploranten früher bei der Landherrschaft der Marschlande übergebenen, jetzt diesen Acten beigelegten Klage hervorgeht, daß ursprünglich eine Trennung der Ehegatten nach beiderseitiger Uebereinkunft erfolgt, und Kläger aus der gemeinschaftlichen Wohnung fortgegangen ist, mithin eine eigentliche bösliche Verlassung von Seiten der Ehefrau nicht vorzuliegen scheint: daß Implorant mit seinem Gesuche um Edictalen gegen seine Ehefrau angebrachtermaaßen abzuweisen sey.
Obergericht 20. September 1839. Da eine freiwillige temporäre Trennung von Eheleuten das Recht der Wiedervereinigung auf keine Weise ausschließt, und da namentlich der Mann auch dann von der Frau zu fordern berechtigt ist, daß sie ihm folge und zu ihm zurückkehre, wenn er früher zu einer freiwilligen Trennung der Wohnung und Gemeinschaft die Hand geboten haben sollte; da der Implorant nun aber nicht nur eine Weigerung seiner Ehefrau, zu ihm zurückzukehren, behauptet, sondern auch anführt, daß dieselbe sogar ohne sein Wissen und wider seinen Willen Hamburg verlassen habe: daß ... des Imploranten Gesuch um Erkennung der libellirten Edictalladung gegen seine Ehefrau für statthaft zu erklären.

Bett das Verfahren wegen angeblich böslicher Verlassung ausgeschlossen werde.

Wörmer c. ux. 9. Januar 1837. Da Kläger ausdrücklich erklärt hat, seine jetzige Klage nicht auf einen Ehebruch der Beklagten, sondern auf eine bösliche Verlassung stützen zu wollen, da nun aber Kläger selbst eingestanden hat, daß bereits seit längerer Zeit eine Trennung der Partheien von Tisch und Bett gerichtlich ausgesprochen worden, mithin die Beklagte sich nur ihres Rechtes bediente, wenn sie von dem Ehemann entfernt lebte, eine Wiedervereinigung auch nur nach beiderseitiger Uebereinkunft Statt finden kann: daß Kläger mit seiner auf Ehescheidung wegen böslicher Verlassung gerichteten Klage abzuweisen. (Im Obergericht confirmirt 10. Februar 1837.)

Stelzig c. mar. 26. Juni 1846. Da die Klägerin nicht zu behaupten vermocht hat, daß nach der verfügten Trennung zu Tisch und Bett eine vollständige Wiedervereinigung der Gemüther zwischen ihr und ihrem Ehemanne zu Stande gekommen sey, mithin in des Letzteren Entfernung von ihr keine bösliche Verlassung gefunden werden kann.

Pook c. mar. 18. August 1848. (Der Beklagte, von welchem die Klägerin im Jahr 1841 vor der Prätur zu Tisch und Bett separirt war, hatte sich nach ihrer Angabe seit 6 Jahren von hier entfernt.) Daß die Implorantin mit ihrem Gesuche um eine öffentliche Ladung des Imploraten, da dieser nach der geständlich Statt gefundenen Trennung der Eheleute zu Tisch und Bett nicht als böslicher Verlasser betrachtet werden kann, andere bestimmte Anträge gegen denselben aber nicht vorgebracht worden, abzuweisen sey.

Bunnenberg c. ux. 8. December 1848. Daß, da Kläger im Jahr 1846 auf sein Anhalten von der Beklagten bis zur Wiedervereinigung der Gemüther zu Tisch und Bett getrennt worden, er auch nicht behauptet, daß seitdem eine solche Wiedervereinigung Statt gefunden habe, unter diesen Umständen aber in der Entfernung der Beklagten nach

Altona keine bösliche Verlassung erblickt werden darf, — Kläger mit seinem Antrage als unstatthaft abzuweisen sey. Braacker c. ux. 24. October 1851. Da die Anlage A zur Klage ergibt, daß der Kläger im August v. J. auf sein Anhalten von der Beklagten wegen behaupteter Trunkenheit und Unverträglichkeit derselben zu Tisch und Bett separirt worden ist, er auch nicht behauptet, daß sich diese Verhältnisse in der kurzen seitdem verflossenen Zeit wesentlich geändert hätten, vielmehr actenkundig eine Wiedervereinigung der Gemüther bisher nicht eingetreten ist: daß der Kläger mit seinem auf Verurtheilung der Beklagten zur Rückkehr zu ihm gerichteten Antrage abzuweisen.

Auf diese Frage wird jedoch später in anderem Zusammenhange nochmals zurückzukommen seyn.

---

## § 5.

## Sonstige Scheidungsgründe.

Der bisherigen Darstellung ist nach dem dermaligen Hamburgischen Recht nur wenig hinzuzufügen. Der art. 8. tit. 11. Stat., dessen Inhalt mit einer der wechselnden Ansichten Luther's zusammenfällt, [1]) kündigt sich als ein Prohibitivgesetz an, welches für die Zulassung weiterer Ehescheidungsgründe nach einer vermeinten Analogie oder in Rücksicht auf die Fortbildung des Rechts in andern Staaten, keinen Raum ließ. Diesem Grundsatze ist auch unsere Praxis nur mit einer oder zwei Ausnahmen treu geblieben; sie steht, da die im art. 8

---

[1]) In der Predigt vom ehelichen Leben (vom Jahr 1522). "Drey Ursachen weiß ich, die Mann und Weib scheiden. Die erste ... wenn Mann oder Weib untüchtig zur Ehe ist. Die andere ist der Ehebruch. Die dritte Sache ist, wenn sich eins dem andern selbst beraubt oder entzeucht."

erwähnte Impotenz zu den Nichtigkeitsgründen gehört, für die eigentliche Ehescheidung, gleich den Kirchenordnungen des 16. Jahrhunderts, wesentlich auf dem Boden des göttlichen Rechts, auf dessen neutestamentliche Aussprüche die Trennung des Ehebandes wegen Ehebruch und böslicher Verlassung zurückgeführt wurde.

Namentlich ist noch durch neuere Präjudicate anerkannt, daß ein Grund zur Ehescheidung weder in körperlichen Mißhandlungen, noch in Lebensnachstellungen, in ekelerregenden Krankheiten, Trunkfälligkeit, geringeren Vergehen des einen Gatten oder in Anlegung einer Bordellwirthschaft durch ihn zu finden ist.

Brettmann c. mar. 11. October 1844. Da die behaupteten körperlichen Mißhandlungen nur einen, hier nicht aufgestellten, Antrag auf Scheidung von Tisch und Bett begründen würden.

Wiesenberg c. ux. 4. July 1845. Da zufolge art. 8. tit. 11. P. II. Stat. nur aus den dort aufgeführten Gründen eine Ehescheidung quoad vinculum zugelassen werden darf, somit aber die angebliche Nachstellung der Beklagten nach dem Leben des Klägers die erhobene Klage auf gänzliche Trennung der bereits von Tisch und Bett geschiedenen Ehegatten nicht rechtfertigen kann: daß Kläger mit seiner angestellten Klage ab und zur Ruhe zu verweisen sey. (Im Obergericht am 29. August 1845 bestätigt.)

Witthamp c. ux. 1. Februar 1839. Daß, da eine während der Ehe entstandene Krankheit an und für sich keinen Grund zur gänzlichen Trennung der Ehe abgibt, Kläger mit seinem Antrage auf Ehescheidung quoad vinculum abzuweisen sey.

Pülschen c. ux. 5. Februar 1836. Da weder die von dem Kläger behauptete Trunkfälligkeit, noch auch das Hinsetzen der Beklagten auf eine kurze Zeit in das Zucht- und Kurhaus, welches auf jeden Fall keine eigentliche infamia nach sich zieht, als Gründe zu einer gänzlichen Trennung der Ehe angesehen werden können.

Von den vorhin erwähnten beiden Ausnahmen bezieht sich die eine auf die hartnäckige Verweigerung des ehelichen Beischlafs. Die eheliche Gemeinschaft wird durch die grundlose räumliche Trennung eines der Ehegatten von dem anderen factisch aufgehoben; sie kann aber, unbeschadet des Nebeneinanderlebens, in ihrem wesentlichen Charakter auch gestört werden, wenn ihr nur das Moment der geschlechtlichen Verbindung durch einseitige Willkür oder in gehässiger Gesinnung dauernd entzogen wird. Von dieser Betrachtung ausgehend, pflegt gemeinrechtlich die hartnäckige Verweigerung der sogenannten ehelichen Pflicht, oder der ehelichen Beiwohnung in diesem Sinn, auf gleiche Linie mit der böslichen Verlassung gestellt zu werden. [1]) Einen etwas andern Gesichtspunkt scheint das Niedergericht in dem folgenden Rechtsfall angenommen zu haben, wenn es jene Verweigerung, ihrer Folgen wegen, der körperlichen Untüchtigkeit gleichsetzt.

Steffens c. mar. 1. Juni 1835. Da Beklagter eingesteht, die Klägerin während der ganzen Zeit ihrer Verheirathung ehelich nicht berührt zu haben, die Gründe, welche er anführt, dieses Benehmen, wenigstens für die erste Zeit der von ihm freiwillig eingegangenen Ehe, jedenfalls nicht genügend rechtfertigen, unter diesen Umständen aber auf den schwierigen und unsichern Beweis der geläugneten Impotenz zu erkennen nicht zweckmäßig erscheint, indem die hartnäckige Verweigerung des Beischlafs, hinsichtlich der nachtheiligen Folgen für den andern Ehegatten, einer Untüchtigkeit völlig gleichzusetzen, eine Collusion beider Ehegatten in Betreff des oberwähnten Eingeständnisses des Beklagten aber im vorliegenden Fall nicht anzunehmen ist:

---

[1]) Böhmer Jus eccl. Prot. lib. 4. tit. 19. § 32. "Desertioni adjungere solent praefractam debiti conjugalis denegationem, quippe qua fides conjugalis eodem modo ac in locali discessu solvitur atque conculcatur." Glück Commentar Th. 26. S. 459. Eichhorn Kirchenrecht Bd. 2. S. 486.

daß die zwischen dem Beklagten und der Klägerin bisher bestandene Ehe gänzlich zu trennen, und der Klägerin als dem unschuldigen Theile die Wiederverheirathung zu gestatten, es sey denn, daß Beklagter zur Abwendung dieser letztgenannten Vergünstigung in 14 Tagen seine Behauptung, daß Klägerin ihm die eheliche Treue gebrochen, zu erweisen vermögte.

(Darauf wurde am 2. October die Ehescheidung definitiv ausgesprochen.)

Obergericht 29. Januar 1836. Da, wenn auch die hartnäckig fortgesetzte Verweigerung des Beischlafs wohl eine Klage auf Ehescheidung begründen kann, diese jedoch erst dann ausgesprochen werden könnte, nachdem alle Mittel, den sich der Erfüllung der ehelichen Pflicht entziehenden Theil zu einem andern Entschlusse zu bewegen, fruchtlos geblieben und dieser Umstand gerichtlich constirte; da aber im vorliegenden Fall dergleichen Mittel nicht mehr angewandt werden können, weil das Geständniß des Ehebruchs von Seiten der Ehefrau für den Ehemann als rechtlich anzuerkennender Weigerungsgrund, die eheliche Pflicht zu erfüllen, gilt; da indessen auf der andern Seite dieses Geständniß allein nicht hinreicht, um deshalb in Gemäßheit des Antrages des Ehemannes die Ehescheidung auf diesen Grund auszusprechen: daß das niedergerichtliche Erkenntniß vom 2. October 1835 unter Verwerfung der von Seiten der Ehefrau St. auf Confirmation desselben gerichteten Antrages wieder aufzuheben, und dem Ehemann St. annoch der Beweis seiner Behauptung dahin zu injungiren, daß seine Ehefrau ihm die eheliche Treue gebrochen habe.

Von öfterer Anwendung in unseren Gerichten ist die Scheidung wegen erlittener Criminalstrafen. Die protestantische Praxis erblickte in einer lebenslänglichen Relegation oder Gefangenschaft die Analogie einer böslichen Verlassung, weil durch jene die eheliche Gemeinschaft eben so vollständig und eben so sehr durch die Schuld des Ehegatten zerstört werde wie durch die letztere. Aus Rück-

sichten der Billigkeit wurde damit zuweilen auch eine infamirende Leibesstrafe zusammengestellt [1]) In Hamburg hat dieser Scheidungsgrund eine sehr weitgehende und hinsichtlich des Princips ziemlich unbestimmte Ausdehnung erfahren. Schon vom Jahre 1750 sind zwei Fälle aufbewahrt [2]) in denen auf eine Verurtheilung zum Staupbesen oder Pranger und zehnjährige Spinnhausstrafe die Trennung der Ehe ausgesprochen wurde. Bekanntlich galt nach einer sehr vagen Vorstellung die Spinnhausstrafe für infamirend, im Gegensatz zu den übrigen Arten der Freiheitsstrafe. In neuerer Zeit hat das Obergericht wiederholt die Ansicht ausgesprochen und befolgt, daß es hierbei nicht sowohl auf die längere oder kürzere Dauer der Freiheitsstrafe, als vielmehr auf die Natur des Verbrechens ankomme, welche "nach Umständen" eine gänzliche Trennung der Ehe zulässig machen soll. Da über die dabei entscheidenden Rücksichten ein leitender Gedanke entweder nicht vorhanden oder wenigstens nicht erkennbar ist, so würde diese Handhabung mehr für das Ermessen einer mit Dispensationsgewalt bekleideten Behörde, als für ein gerichtliches Verfahren durch mehrere Instanzen geeignet seyn. Nur so viel ist aus den mitzutheilenden Entscheidungen gewiß, daß es auch auf die Qualität der Freiheitsstrafe nicht mehr ankommt, da mehrfach eine Scheidung wegen eines nur mit Strafarbeitshaus bestraften Vergehens ausgesprochen worden ist. Eben so hat man die Analogie mit der böslichen Verlassung völlig aufgegeben, da die Scheidungsklage noch früh genug erhoben wird, wenn auch der schuldige Gatte nach abgelaufener Strafzeit zur Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft im Stande und bereitwillig ist.

Harjes c. mar. Niedergericht 11. Januar 1833. [3]) Da, wenn auch nach gemeinem Rechte eine lebenslängliche Ge-

---

[1]) Böhmer Jus eccl. Prot. lib. 4. tit. 19. § 36—43.

[2]) Bei Klefeker Sammlung Hamb. Gesetze Bd. 4. S. 134.

[3]) Das erste der nachfolgenden Erkenntnisse ist auch in Gries Commentar Th. 2. S. 24 abgedruckt.

fängnißstrafe oder Landesverweisung des einen Ehegatten den andern berechtigt, auf gänzliche Trennung der Ehe, deren Zweck unter solchen Umständen nicht erfüllt werden kann, anzutragen, und wenn auch die Praxis oder einzelne Particularrechte diesen Grundsatz so weit ausdehnen, selbst in Fällen einer, der lebenslänglichen Bestrafung nur nahe kommenden sehr lange dauernden infamirenden Criminalstrafe auf Scheidung zu erkennen, dennoch im vorliegenden Falle, wo Beklagter nur zu zweijähriger schwerer Arbeit in der Strafanstalt und nachheriger Stellung unter polizeiliche Aufsicht verurtheilt worden, und die zweijährige Strafzeit bereits abgelaufen, eine gänzliche Ehetrennung, zumal bei der strengen Einschränkung der rechtlichen Gründe einer solchen durch unser Statut, nicht auszusprechen ist: daß Klägerin mit ihrem Gesuch um gänzliche Ehescheidung ab und zur Ruhe zu verweisen.

Obergericht 25. Februar 1833. Da nach hiesigem Gerichtsgebrauch die Verurtheilung des einen Ehegatten wegen eines groben Verbrechens zu schwerer Arbeit in einer der hiesigen Strafanstalten eine gänzliche Trennung der Ehe auf Ansuchen des andern unschuldigen Ehegatten nach Umständen zulässig macht; da es dabei mehr auf die Natur des Verbrechens, als auf die längere oder kürzere Dauer der zuerkannten Gefängnißstrafe ankommt; da im vorliegenden Falle der schon früher einmal bestrafte Beklagte wegen eines mit Einsteigen verübten Diebstahls zu einer solchen Strafe, und nach ausgestandener Strafzeit, bei nicht zu bewerkstelligender Fortschaffung desselben von hier, zur Stellung unter Polizeiaufsicht verurtheilt worden: daß das niedergerichtliche Erkenntniß a quo vom 11. Januar d. J., so weit solches angefochten worden, wieder aufzuheben, das zwischen der Klägerin und dem Beklagten bisher bestandene Band der Ehe vorkommenden Umständen nach zu trennen, auch der Klägerin sich ihrer Gelegenheit nach anderweitig zu verehelichen zu gestatten.

Hammeister c. mar. Niedergericht 23. Juni 1837. Da nach den Vorschriften unseres, die Ehescheidungen strenge beschränkenden Statutes eine, namentlich nicht eine lange Zeit dauernde Freiheitsstrafe nicht als ein Grund zu einer gänzlichen Trennung der Ehe angesehen werden kann, wie denn auch das gemeine Recht in der Regel nur bei lebenslänglicher Gefängnißstrafe oder Landesverweisung eine separatio quoad vinculum zuläßt: daß Klägerin mit ihrer Klage auf gänzliche Ehescheidung abzuweisen.

Obergericht 12. März 1838. Da nach hiesigem .... ankommt (wie in der vorstehenden Sache); da nun aber im vorliegenden Fall der Beklagte ausweise der beigebrachten Straferkenntnisse schon dreimal wegen Ueberfallung und Mißhandlung anderer Personen und siebenmal wegen begangener Diebstähle, und zwar zum Theil qualificirter Diebstähle mittelst Einsteigens in ein Fenster und Kletterns über hohe Befriedigungen, so wie mit Einbruch und Einsteigen, zu Gefängnißstrafen von kürzerer oder längerer Dauer und resp. mit körperlicher Züchtigung bei schwerer Arbeit und mit demnächstiger Stellung unter strenge polizeiliche Aufsicht bestraft, und als unverbesserlich bezeichnet worden ist: daß das niedergerichtliche Erkenntniß vom 23. Juni 1837 wieder aufzuheben, das Band der Ehe vorkommenden Umständen nach gänzlich zu trennen ꝛc.

Warncke c. mar. 9. September 1844. Da die dem Beklagten zuerkannte sechsmonatliche Zuchthausstrafe, und die Vergehen, welche ausweise der Untersuchungsacten diese Strafe verwirkt haben, nicht als genügender Grund für die beantragte gänzliche Aufhebung des zwischen den Parteien bestehenden Ehebandes erachtet werden kann ꝛc. — 27. März 1848. Da aus den eingezogenen Untersuchungsacten hervorgeht, daß Beklagter sich von Neuem durch verübten Diebstahl eine längere infamirende Strafe (anderthalbjähriges Zuchthaus) zugezogen hat: daß das Band der Ehe gänzlich zu trennen.

Ahrens c. ux. 25. Mai 1846. Da die Beklagte, nachdem sie wegen eines großen und qualificirten Diebstahls eine sechsmonatliche Zuchthausstrafe erstanden, ausweise der Anlage C abermals wegen Diebstahl zum Strafarbeitshause verurtheilt worden ist: daß die Ehe quoad vinculum zu trennen.

Riege c. mar. 8. Mai 1848. Da aus den eingesandten polizeilichen Acten hervorgeht, daß der Beklagte außer der im December 1847 ihm wegen Diebstahl zuerkannten einjährigen Spinnhausstrafe früher schon vielfach bestraft worden, und namentlich schon im November 1845 wegen qualificirten Diebstahls mit einer sechsmonatlichen Haft im Strafarbeitshause belegt worden ist: daß nunmehr, dem Antrage der Klägerin gemäß, die zwischen ihr und dem Beklagten bisher bestandene Ehe gänzlich zu scheiden.

Einsiedel c. mar. 26. October 1849. Da Beklagter einräumt, im Jahr 1841 und im Jahr 1849 mit Criminalstrafen belegt zu seyn, da ferner aus dem von der Klägerin in beglaubigter Form beigebrachten Straferkenntnisse vom 23. April 1849 hervorgeht, daß Beklagter zu dieser Zeit wegen begangenen großen Diebstahls zu einer achtzehnmonatlichen Zuchthausstrafe verurtheilt worden, wie auch, daß er bereits früher wegen qualificirter Diebstähle mit dreijähriger Zuchthausstrafe belegt worden ist; da selbst, wenn die ausdrückliche Behauptung der Klägerin, daß sie von dieser früheren Bestrafung des Beklagten bei der Eingehung ihrer Ehe mit ihm im Jahr 1847 keine Kunde gehabt, unrichtig seyn sollte, dennoch die frühere Strafe insofern bei dem späteren Verbrechen jedenfalls in Betracht kommen würde, als sie den Beklagten in dem Lichte eines hartnäckigen Diebes erscheinen läßt, der die bei seiner jetzigen Ehefrau, falls sie von den früheren Vergehungen unterrichtet gewesen, zu präsumirende Hoffnung auf Besserung nicht erfüllt hat: daß dem Antrage der Klägerin gemäß die zwischen ihr und dem Beklagten bisher bestandene Ehe gänzlich zu scheiden. (Im Obergericht bestätigt.)

Wild c. mar. 25. März 1850. Da aus den eingegangenen Criminalacten erhellt, daß der Beklagte sich im Jahr 1847 eines schweren Verbrechens schuldig gemacht hat, indem er eine hiesige Wittwe in ihrer Wohnung, in der Absicht, sie zu tödten, anfiel, sie niederwarf und mit einem Messer am Halse verwundete, wie auch daß er für dieses Verbrechen durch ein Conclusum Senatus vom 1. October 1847 mit einer drittehalbjährigen Haft im Zuchthause bestraft worden ist, da unter diesen Umständen der von der Klägerin auf Grund solcher Vorgänge erhobene Antrag auf gänzliche Ehescheidung genügend gerechtfertigt erscheint: daß die Ehe gänzlich zu scheiden. (Im Obergericht bestätigt.)

Trochelmann c. mar. 26. Januar 1844. Die Ehe wurde geschieden wegen eines mit Einsteigen verübten Diebstahls des Beklagten, wofür er vom Senat mit zweijähriger Zuchthausstrafe bestraft war.

Krüger c. mar. 21. November 1845. Da die requirirten Untersuchungsacten deutlich ergeben, daß die Mißhandlung der Wittwe P., wegen welcher Beklagter mit einjähriger Zuchthausstrafe belegt worden, von demselben in trunkenem Muthe verübt ist, somit aber weder die Natur des Vergehens, noch die Dauer der Strafzeit den Antrag auf gänzliche Scheidung der Ehe rechtfertigen kann. (Im Obergericht bestätigt.)

Meyer c. mar. 6. November 1846. (Die Klägerin führte an, daß Beklagter wegen dringenden Verdachtes des Diebstahls außer dem Untersuchungsarrest noch in eine dreiwöchentliche Gefängnißstrafe verurtheilt sey.) Da die polizeiliche Bestrafung des Beklagten wegen eines geringfügigen Diebstahls, dessen derselbe zufolge der eingegangenen Untersuchungsacten nicht einmal vollständig überführt worden ist, als rechtlicher Ehescheidungsgrund nicht gelten kann. (Im Obergericht bestätigt.)

Lühmann c. ux. 7. December 1849. Da freilich die eingegangenen Untersuchungsacten nachweisen, daß die Beklagte sich einer Anzahl von zum Theil nicht unbedeutenden

Diebstählen schuldig gemacht hat, und dafür im Ganzen mit einer fünfmonatlichen Haft im Strafarbeitshause belegt worden ist, diese Vergehen indessen bei mangelnder Nachweisung einer Wiederholung des Verbrechens nach erlittener Bestrafung nicht für genügend zu achten sind, schon jetzt eine gänzliche Ehescheidung auszusprechen: daß Kläger mit seiner Ehescheidungsklage für jetzt abzuweisen.

Schmidt c. mar. 17. März 1843. Daß der Umstand, daß der Beklagte vom Senat als eines Verbrechens verdächtig bezeichnet worden, und dafür mit einer Strafe (dreimonatliches Strafarbeitshaus) belegt ist, als keineswegs geeignet zur Begründung einer Ehescheidungsklage zu achten. (Im Obergericht am 13. Mai bestätigt.)

Ueber den Einfluß des gegen einen entwichenen Falliten in Gemäßheit art. 103 der neuen Falliten-Ordnung eingeleiteten Contumacialverfahrens auf das eheliche Verhältniß haben die Ansichten gewechselt:

Hollermann c. mar. 18. Januar 1850. Da die wider den Imploraten als entwichenen Falliten in contumaciam ausgesprochene Strafe als ein genügender Ehescheidungsgrund nicht gelten kann, und die Implorantin somit nur auf Grund der böslichen Verlassung die Ehescheidung beantragen kann.

Dagegen

Cohen c. mar. 28. October 1850. Da, wenn der Beklagte das Verlangen gestellt hat, daß seine Ehefrau ihm in sein jetziges Domicil folgen solle, unter dem Erbieten, die erforderlichen Reisekosten herschießen zu wollen, von einer böslichen Verlassung nicht wohl die Rede seyn kann; da aber die Klägerin, abgesehen von der behaupteten böslichen Verlassung, auch die über den Beklagten als entwichenen Falliten verhängte Strafe als selbstständigen Klagegrund geltend gemacht hat; da nun zufolge der im Nieder- und Obergericht am 7. und 28. September 1849 wider den edictaliter geladenen Beklagten in contumaciam ergangenen Criminalerkenntnisse diese Strafe darin bestanden hat, daß

sein voller Vor- und Zuname als der eines entwichenen boshaften Falliten in öffentlichen Zeitungen bekannt gemacht, an das schwarze Brett auf hiesiger Börse angezeichnet und über ihn die Schandglocke geläutet worden ist, Beklagter auch mit sofortiger Verhaftung bedroht worden, falls er sich hier wieder betreten lassen sollte; da nach der hiesigen Praxis auf desfallsiges Anhalten des unschuldigen Ehegatten eine wider den schuldigen Theil verhängte entehrende Criminalstrafe als genügender Grund zur gänzlichen Aufhebung der Ehe anerkannt wird, und Beklagter nichts anzuführen vermocht hat, was ihn wegen jener in contumaciam erlittenen infamirenden Bestrafung zu entschuldigen vermöchte: daß die zwischen der Klägerin und dem Beklagten bestehende Ehe vom bürgerlichen Bande zu trennen sey. (Im Obergericht bestätigt.)

## § 6.

### Trennung zu Tisch und Bett.

Die Gewalt des Staates oder der Kirche, welche ihren Organen die Cognition über die Bedingungen und Formen der Lösung des ehelichen Bandes vorbehält, mußte oder konnte wenigstens mit Folgerichtigkeit auch gegen einen Zustand wirksam werden, der unter Anerkennung jener Fessel gleichwohl den positiven Inhalt der ehelichen Gemeinschaft in seinen wesentlichen Theilen factisch aufhebt. Nicht nur sollte, wenn ein Ehegatte dem anderen sich eigenmächtig entzieht, gegen ihn mit der Spolienklage auf Rückkehr zu seiner Pflicht geklagt werden können, [1] sondern selbst beiderseitige Uebereinkunft dürfte die sogenannte Trennung zu Tisch und Bett nicht ohne Weiteres herbeiführen, welche vielmehr überall nur so weit nicht unstatthaft erscheint, als sie von der

[1] Cap. 8. 10. 13 X. de restit. spol. (2, 13.)

competenten Behörde zugelassen und durch deren Ausspruch sanctionirt worden ist. Als rechtliche Folge dieses Principes stellt sich noch in unserer neueren Praxis theils die Ungültigkeit und Unwirksamkeit von Vergleichen der Eheleute über eine Separation zu Tisch und Bett, [1]) theils die Entscheidung dar, welche einer Frau, die eigenmächtig des Mannes Wohnung verlassen hatte, das Recht versagt, Alimente und Theilung des Mobiliars zu fordern. [2]) Aber mit solchen blos negativen Consequenzen jenes Grundsatzes hat man in früherer Zeit sich nicht begnügt. Ein Mandat des Senates vom 19. Januar 1640 gegen die fremden Copulationen und ohne gerichtliche Erkenntniß geschehene Scheidung von Tisch und Bett [3]) verfügt in seinem zweiten Theile:

"Nachdem sich auch leider befindet, daß Eheleute aus eigenem Willen und oftmals um geringer Ursache von einander laufen und sich selbst trennen, solches aber in gött- und weltlichen Rechten verboten, auch an ihm selber ein hochärgerlich Werk, deme die Obrigkeit keineswegs nachzusehn gebühret: als will E. E. Rath allen und jeden Eheleuten hiemit ernstlich geboten haben, da etwan zwischen

[1]) Ein Urtheil des Oberappellationsgerichts zu Lübeck, wodurch in einer Bremer Rechtssache eine schriftlich vollzogene Privatübereinkunft zweier Ehegatten über Separation zu Tisch und Bett für ungültig erklärt wurde, ist in Elvers allg. jurist. Zeitung Jahrg. 3. No. 96. 97 abgedruckt. Bei unseren Präturen war die gültige und regelmäßige Form: "Erkannt Scheidung zu Tisch und Bett, und ist im Uebrigen die Sache dahin verglichen." Erst die jüngsten Prätoren haben sich herbeigelassen, eine vergleichsweise verabredete Separation als solche zu Protocoll zu nehmen.

[2]) Z. B. Boy c. mar. 7. März 1845. Da das klägerische Verlassen der beklagtischen Wohnung, so lange nicht eine provisorische Trennung der Ehe von Tisch und Bett gerichtsseitig verfügt ist, als ein eigenmächtiger Schritt der Klägerin angesehen werden muß, der ihr kein Recht auf Zusprechung von Alimenten und auf Auslieferung eines Theiles der gemeinschaftlichen Mobiliar-Effecten gewähren kann.

[3]) Sammlung der Mandate Bd. I. S. 44.

ihnen einige solche schwere Mißhell- oder Uneinigkeiten entstehen sollten dahero sie sich zu Tisch und Bett von einander zu scheiden befugt zu seyn erachten mögten, daß sie dann sich bei der Obrigkeit anmelden und dessen entweder gute oder schleunige gerichtliche Entscheidung hierüber erwarten, sich aber solcher selbsteigenen Trennung gänzlich enthalten, und diejenigen, so sich allbereits solchergestalt selber getrennt haben, wiederum zusammentreten sollen; mit der Verwarnung, woferne jemand hierwider thun und handeln würde, daß derselbe mit ernstlicher willkürlicher Strafe beleget, und zu ehelicher Beiwohnung daneben angestrenget werden soll."

Desgleichen sollte nach dem Entwurf der Kirchenordnung von 1710 art. 12. § 9 eigenmächtige Separation wie boshafte Desertion von der weltlichen Obrigkeit mit Gefängniß und anderen schweren Strafen geahndet werden. Ausführlicher heißt es im Entwurfe der Eheordnung daselbst:

§ 5. "Wann sich Eheleute muthwillig verlassen, es sey der Mann von seinem Weibe oder das Weib von ihrem Manne eigenmächtig sich scheiden, soll der schuldige Theil, wenn er gegenwärtig, mit Gefängniß bestraft werden, wenn er aber abwesend und auf ergehende Citation nicht erscheint, nachgehends, wenn er betreten und zu seiner Pflicht sich nicht will anweisen lassen, mit Staupenschlag verwiesen werden. — § 6. Sollten sich aber Eheleute bei solcher eigenmächtigen Separation eins seyn und beede nicht wieder zu einander wollen, sollen sie mit Gefängniß so lange gestraft werden, bis sie sich eines besseren besinnen."

Aber auch eine gerichtliche Separatio quoad thorum et mensam konnte damals nicht so häufig nachgesucht oder so leicht erlangt werden wie heut zu Tage. Der Grundsatz, daß eine mäßige körperliche Züchtigung, wie dem Hauswirth und der Hausmutter über Knechte und Gesinde, so auch dem Ehemann über seine Hausfrau billig erlaubt und zuzulassen sey, wird noch in unserem neuesten Stadtrecht art. 48. P. IV.

wiederholt. [1]) Nur ein Exceß in Ausübung dieser Befugniß sollte, den Commentatoren zufolge, die Sävitienklage auf Scheidung zu Tisch und Bett begründen. [2]) So lange ein solcher Antrag nur beim Senate angebracht und dort im schriftlichen Verfahren verhandelt werden durfte, mag schon die Schwerfälligkeit der Formen nicht selten von der Betretung dieses Weges zurückgehalten haben. Eine Auskunft dafür bot sich den unzufriedenen oder chicanösen Ehegatten (Frauen wie Männern) bis zum Anfange dieses Jahrhunderts mittelst der Mißbräuche, welche in der Verwaltung unseres Werk- und Zuchthauses bestanden. Darüber mögen einige Notizen, nach Anleitung einer zuverlässigen, aber selten gewordenen Quelle [3]) hier eingeschaltet werden.

---

[1]) Vergl. Stadtr. von 1270 III. 8. IX. 29; von 1292 E. 8. N. 8; von 1497 I. 5. O. 9.

[2]) Vegesack Commentar zu art. 48. P. IV. "Si nimis saeviat, conjux vel cautionem de in posterum non saeviendo, vel separationem ad thorum et mensam petit." Schulte Commentar zu art. 8. tit. 11. P. II. "Ad finem hujus art. addi potest quarta causa: nimia scil. mariti saevitia, ob quam divortium quandoque permittitur, quoad thorum scilicet." Klefeker Bd. 4. S. 119 bemerkt zu obigem Artikel: "Die mehr gesitteten Zeiten haben bei uns der Ausübung dieser Züchtigung wohl keinen Platz weiter gelassen als bei geringen und pöbelhaften Leuten, bei welchen sie jedoch durch obrigkeitliche Befehle, durch Strafen und durch eine Scheidung von Tisch und Bett gehemmet und gebüßet werden."

[3]) "Hamburgische Werk- und Zuchthaus-Sachen von Johann Franz Brock, ehemaligem Provisor. Hamburg, 1808." Dieses sehr lehrreiche Buch wurde zur Vertheidigung der Zuchthausverwaltung geschrieben, nachdem der Provisor Georg Heinrich Sieveking 1791 bei Antritt seiner Verwaltung im großen Collegium u. A. den Antrag gestellt hatte, daß die Provisoren auf das Recht, Züchtlinge zur Correction nach eigenem Ermessen aufzunehmen, verzichten mögten. Der Antrag war dadurch motivirt, daß oft Unschuldige auf einseitiges Zeugniß ihrer Freiheit beraubt, die Schuldigen viel zu hart und viel zu lange gestraft würden, er ward jedoch vom großen Collegium gänzlich abgewiesen. Erst der Rath- und Bürgerschluß vom 23. October 1823 sprach mit Bestimmtheit

Die Ordnung des Zuchthauses vom 8. März 1622 nämlich, welche monatliche Versammlungen der Provisoren dieser Anstalt zur Besorgung der laufenden Geschäfte anordnet, setzte hinzu: "Wenn aber sonsten etwas Wichtiges vorfällt, oder etwan einer von den Züchtlingen soll ein- oder ausgenommen werden, soll der regierende Provisor die Herren Patronen und anderen Provisoren lassen dazu berufen und erfordern." Die Aufnahme oder Entlassung eines Züchtlings wurde also jedesmal durch eine Versammlung und den Beschluß des größeren Collegiums bedingt, welches aber nicht allein die Requisitionen des Senates und der Prätoren befolgte, sondern auch nach eigner Machtvollkommenheit in dieser Beziehung verfuhr.[1] Die allmählige Ausdehnung der Verwaltung und das raschere Mouvement im Zuchthause ließ die Befolgung jener Vorschrift bald als unmöglich erscheinen; die Versammlungen des großen Collegiums fanden nur selten und unregelmäßig Statt; die Bestimmung über Aufnahme oder Entlassung der Züchtlinge ging ausschließlich auf den jahrverwaltenden Provisor über, der über die Anträge der Verwandten oder sonstiger bei der Aufnahme interessirter Personen entschied, und das Haus durch zwei Bürgen wegen der Kosten des Unterhalts und etwaiger Ansprüche vor jeder bei ihm privatim nachgesuchten Aufnahme sicher stellte. Ein streitig gewordener Fall dieser Art bewog im Jahr 1686 den damaligen Provisor, vor dem großen Collegium eine Bestimmung zu beantragen, ob die Jahrverwalter künftig Macht haben sollten, Leute einzunehmen, oder ob darüber nach der

aus, das Verwaltungscollegium werde darauf zu sehen haben, daß Keiner ohne ein obrigkeitliches Erkenntniß als Züchtling oder Gefangener in die Strafanstalten aufgenommen werde.

[1]) Den 12. August 1658 erschien nach der Predigt vor dem großen Collegio ein Gefangener von Stande, und klagte, daß er unverhört ins Zuchthaus gesetzt worden, bezog sich auf seine Charge und bat um seine Freiheit. Ihm ward zur Antwort, es wäre beim Zuchthause nicht Gebrauch, die Leute zuvor zu examiniren; er mögte nur mit Zurückerinnerung in sich gehen. (Brock, S. 99.)

ersten Verfassung und Ordnung verfahren werden solle, nach welcher, wenn Züchtlinge eingenommen und ausgelassen werden sollten, er das ganze Collegium vociren lassen müßte. Dieses würde denn jetzt beinahe täglich geschehen müssen. Der Beschluß des großen Collegii lautete dahin: der Jahrverwalter sollte hinführo die Züchtlinge einnehmen, wie von vielen Jahren her geschehen, jedoch wohl zusehen, daß gute und gewisse Bürgen dabei angenommen würden; das Nöthige aber von dem, was sich sonst ereignete, wäre dem Collegio vorzulegen. Auf diesen Beschluß beriefen sich die Provisoren auch, als 1709 der Senat verlangte, daß es künftig allemal erst zu Rath zu vermelden wäre, wenn ein Züchtling eingenommen werden solle. Die Replik des Bürgermeisters fiel dann dahin aus, daß die Provisoren fortfahren könnten, arme und geringe Leute für sich einzunehmen; wenn es aber Leute von Consideration beträfe, oder daß Verantwortung entstehen könnte, so sollte man Senatui erst Kenntniß davon geben. Im Jahre 1722 bestand der Senat wegen verschiedener Weiterungen zwischen ihm und den Provisoren auf eine Reform der Zuchthausordnung, die u. A. auch durch die Vorschrift zu ergänzen sey: "es soll kein Züchtling in diesem Hause ohne Mitwissen und ausdrücklichen Consens der Herren Patronen und übrigen Provisoren eingenommen, noch wieder aus dem Hause gelassen werden." Er stellte dabei vor, daß bisher die Züchtlinge von den Provisoren ohne Zuziehung der Herren Patronen eingenommen und wieder freigelassen worden, solches aber nicht nur der gesetzlichen Ordnung schnurgerade zuwider, sondern auch, wie es die Exempel ergeben, darunter verschiedentlicher Mißbrauch vorgehe, als da z. B. Eltern ihre Kinder, diese sogar ihre Eltern, Weiber ihre Männer ohne der Sachen Untersuchung ins Zuchthaus setzen lassen, und wenn es Fremde betrifft, der Stadt daher gar leicht Unlust und Verantwortung entstehen könne. Die Provisoren antworteten hierauf: es sollte ihnen eine große Freude und Erleichterung seyn, wenn die Herren Patronen der Ordnung gemäß bei Aus- und Einnehmung der Züchtlinge concurriren

wollten, und sie so mancher Mühe, Ueberlaufens und Verantwortung überhoben bleiben könnten. Den vormaligen Herren Patronen wäre die Last zu schwer geworden, weswegen sie solche den Provisoren willig überlassen. Ein gewisser in Gott ruhender Herr Patron hätte nur einige Wochen nach einander den Sonnabendsversammlungen beigewohnt, aber erklärt, solche Arbeit würde ihm mehr Verdruß und Chagrin machen, als sein Präsidat nicht thue. Mit Aus- und Einnehmung der Züchtlinge wäre bisher solche Präcaution gebraucht worden, daß daraus keine Gefahr zu besorgen, indem die einheimischen ohne suffisante Caution nicht angenommen würden rc. rc. Zwar erließ nun am 12. Juli 1726 der Senat ein Conclusum, daß künftig ohne sein Vorwissen und Belieben kein hiesiger Bürger in das Zuchthaus aufgenommen werden solle.[1]) Allein auf die Anfrage des Jahrverwalters entschied das kleine Collegium, daß das Einnehmen nach dem Beispiel der Vorfahren ferner geschehen müßte. Den beiden Jahrverwaltern wurde jedoch aufgetragen, daß sie, da sie doch nächstens mit dem Herrn Bürgermeister sprechen müßten, von der Sache reden sollten. Dies geschah auch, und der Bürgermeister erwiderte, daß, da man zu Rath nicht gewußt hätte, daß beim Einnehmen so viele Präcaution gebraucht würde, so wolle er darüber zu Rath sprechen. Die Provisoren machten noch geltend, daß die Angehörigen manchmal ihre guten Ursachen hätten, die Ruchbarkeit einer solchen Hinsetzung so viel möglich zu verhüten; durch den Recurs an die Obrigkeit würde die Sache allemal ruchbar und wäre auch mit Kosten verknüpft, wofür schon etwas Kostgeld entrichtet werden könnte. Auf die Frage, durch welche Personen solche Leute eingebracht würden, antworteten die Provisoren: durch solche, die von den Partheien selbst verlangt würden, mehrentheils durch die Bettelvögte. Eben das, sagte der Herr Bürgermeister, mißfiele den Herren Gerichtsverwaltern,

---

[1]) Sammlung der Mandate Bd. 2. S. 1072. Klefeker Bd. 1. S. 287.

als welche sich darüber beschwerten und es für einen Eingriff in ihre Autorität ansehen wollten, versprach auch, daß er es an einer favorablen Remonstration nicht fehlen lassen wolle, damit es künftig mit Annehmung der Züchtlinge bei dem üblichen Gebrauch unverhindert bleibe. Das kleine Collegium blieb bei seinem Beschluß, und dieser erhielt noch eine besondere Sanction durch Eintragung in das 1774 vom großen Collegium bestätigte, sogenannte Compendienbuch, dessen Autorität derjenigen der symbolischen Bücher für die Provisoren gleichgeschätzt wurde. Hiernach sollten die Jahrverwalter aufnehmen: 1) Gefangene auf Decret des Senats, 2) Züchtlinge auf Verlangen der Prätoren, 3) Züchtlinge auf Anhalten der Eltern, des Mannes, der Frau, oder der Verwandten nach beigebrachten zulänglichen Beweisen, 4) Arme.[1])

Hier einige aus den Protocollen gezogene Beispiele von Ausübung dieses Erziehungsrechtes unter Ehegatten: Im Jahre 1654 nach gehaltener Predigt kamen die Herren zusammen. Es erschien ein Büchsenmacher und klagte seine Frau an, mit der er in einem achtjährigen Ehestand Kinder gezeugt hätte, wovon noch zwei am Leben wären, daß sie dem Trunk ergeben wäre und ihn schon zweimal verlassen hätte. Zwei andere Männer unterschrieben als Zeugen und Bürgen. Dem Jahrverwalter wurde aufgetragen, sich mit dem Büchsenmacher um das Kostgeld zu vergleichen und das Weib einzunehmen. — Ein Jahr darauf wurde von Seiten einer Frau vor dem großen Collegio um die Einnehmung ihres trunkfälligen Mannes angehalten. Es wurde verlangt, in 14 Tagen von der reformirten Kirche Bescheid beizubringen. — Im Jahr 1656 kam eine Frau mit zwei Nachbarinnen und ver-

---

[1]) Damit stimmt auch die Schilderung von Klefeker Bd. I. S. 287 überein: "Die Züchtlinge, und zwar sowohl Fremde als Einheimische, werden entweder mit oder ohne Kostgeld von den Provisoribus, auf Ansuchen der Eltern, Vormünder und Verwandten, auch wohl von Ehegatten, nach vorhergegangenem Beweise, daß sie dergleichen Zucht verdienen, hineingenommen."

klagte ihren Tochtermann wegen schlechter Aufführung gegen seine Frau. Der Richter hatte ihm zwar bei Strafe von 10 Rthlrn. oder Gefängniß Friede geboten, allein er kehrte sich nicht daran. Nach 14 Tagen unterschrieben zwei Zeugen, und er wurde eingenommen. — Im Jahr 1658 wurde ein Mann auf Anhalten seiner Frau, wegen schlechter Lebensart, eingesetzt; er hatte ihr gedroht, sie um den Hals zu bringen, und hatte in etlichen Jahren nicht communicirt. — Vor das große Collegium wurde 1706 eine Gefangene von gutem Stande gefordert, die sich wegen ihrer Einsetzung über ihren Mann beschwerte. Das Collegium resolvirte, der Jahrverwalter sollte den Mann nochmals fordern, und wenn er nicht käme, die Frau entlassen. — 1727 saß ein Gefangener auf Bürgschaft; seine Frau und die Bürgen erschienen auf verschiedene Vorladungen nicht, der Mann aber hatte um seine Freiheit öfters angehalten, die beiden Jahrverwalter entließen ihn daher, nachdem sie ihm die Urphede abgenommen und ihn bestens ermahnt hatten. Einen andern Züchtling entließen sie, nachdem er zuvor einen von seiner Frau entworfenen Revers unterzeichnet und beschworen hatte. — Nach dem Zeugniß eines Herrn Caplan an der St. Michaelis Kirche behandelte ein Mann seine Frau sehr übel. Der Provisor ließ ihn einbringen, und die Vögte hatten ihn auf dem Theilfeld ergriffen. Ein anderer Mann interessirte sich für ihn, sagte, daß er wöchentlich 9 Mark verdienen könnte, daß er aus seinem Wohnkeller geholt worden wäre, wollte ihn los haben und drohte, daß er es wohl finden wollte, wenn man ihn nicht losgeben wolle. Der Provisor kehrte sich nicht daran, und erzählte die Sache dem Herrn Bürgermeister. Dieser sagte, es wäre diesfalls nichts an den Senat gekommen, wenn er aber Provisor wäre, er nähme Niemand ohne Consens des Raths ein. Der Provisor antwortete, daß das den armen Leuten zu viel kostete, sie könnten es nicht bezahlen, daß man es ohne Consens der nächsten Verwandten nicht thäte, und daß das Recht beim Hause wäre. — Den 13. August 1738 ließ der zweite Jahrverwalter für sich allein,

in Abwesenheit des ersten, einen Mann auf Requisition seines, denselben Tag im Zuchthause persönlich erschienenen Eheweibes einholen. Sie hatte zwei Zeugen bei sich, die mit ihr seine böse Aufführung bezeugten, und sich für die Wahrheit und alle Folgen verbürgten. Den folgenden Tag kamen Herr Dr. Dresky und Herr M. von Winthem in das Haus des ältesten Jahrverwalters, wo sich der zweite auch eingefunden hatte. Herr von Winthem stellte hierauf vor, daß er den Mann viele Jahre lang als einen frommen und ehrlichen Mann gekannt, und daß statt seiner sein Eheweib die Correction des Zuchthauses verdiene; sie hätte nebst ihren gottlosen Zeugen den zweiten Jahrverwalter fälschlich hintergangen; daß er daher ersuchte, den Mann sogleich wieder auf freien Fuß zu stellen. Die beiden Jahrverwalter waren dazu sehr willig; der zweite ging mit den beiden Herren nach dem Zuchthause, ließ den Mann kommen, Aussöhnung, Angelobung eines künftig friedlichen Hausstandes unter ihnen und ihren Kindern, Vergessenheit des Geschehenen und Verzichtleistung auf allen Vorwurf unterschreiben, und entließ ihn.

Die richterliche oder polizeiliche Separation zu Tisch und Bett, zu welcher wir zurückkehren, ist dermalen, in Ermangelung von Scheidungsgründen, die einzige Hülfe des Staates gegen den ehelichen Unfrieden. Die Motive, welche die Verfügung einer solchen Separation veranlassen können, sind gesetzlich nicht begränzt; auch das katholische Kirchenrecht hat sie dem freien Ermessen überlassen. [1]) Wenn der Antrag auf bestimmte, von der Gegenseite ausdrücklich bestrittene Thatsachen, namentlich auf die Behauptung von Mißhandlungen gestützt wird, so ist freilich ein förmliches Beweisverfahren darüber nicht zu umgehen. In weit häufigeren Fällen wird jedoch ein solches specielles Fundament dadurch absorbirt,

---

[1]) Conc. Trid. Sess. 24 de sacr. matrim. can. 8. Si quis dixerit, ecclesiam errare cum *ob multas causas* separationem inter conjuges quoad thorum seu quoad cohabitationem ad certum incertumve tempus fieri posse decrevit, a. s.

daß zu dem nämlichen Ziele schon wiederholte Zwistigkeiten, gegenseitige Beschuldigungen und Aeußerungen einer unverträglichen Gesinnung führen, welche sich meistens gerade durch den Separationsantrag selbst und die Verhandlung über denselben am deutlichsten beurkundet. Deshalb wird meistens nach beiderseitiger, zumal mündlicher Erörterung die beantragte Separation ohne Weiteres von unseren Gerichten ausgesprochen. [1]) Nicht leicht wird Jemand unvorsichtig genug seyn, sein Verlangen auf so specielle und so futile Argumente zu stützen, daß dasselbe wegen deren Unerheblichkeit als unstatthaft zurückgewiesen werden müßte.

In Betreff ihrer Dauer könnte eine Separation möglicher Weise entweder auf immer oder nur auf eine Zeitlang, und in letzterem Fall auf eine bestimmte oder unbestimmte Zeit angeordnet werden. Die Separatio perpetua, welche für Katholiken das Surrogat der nicht zugelassenen Ehescheidung vom Bande bildet, und bei ihnen alle Wirkungen dieser letzteren nur mit Ausschluß der Befugniß zur Wiederverheirathung hat, soll bei den Protestanten deshalb nicht vorkommen dürfen, weil für sie die definitive Ehescheidung ein solches Surrogat entbehrlich mache. [2]) Die

---

[1]) Matthaei c. mar. 7. Juli 1845. Daß auf Grund der stattgehabten commissarischen Verhandlungen nunmehr die zwischen den Partheien bestandene Ehe von Tisch und Bett zu trennen.
Koeser c. ux. 12. October 1846. Da bei den in dieser Sache mehrfach abgehaltenen Güteversuchen die gänzliche Unverträglichkeit der Gemüther der streitenden Partheien und die Nothwendigkeit einer provisorischen Trennung derselben sich herausgestellt hat.
Aumüller c. mar. 30. Juni 1848. Da die völlige Unverträglichkeit der streitenden Ehegatten und die Nothwendigkeit einer provisorischen Trennung derselben sich zur Genüge durch die commissarischen Verhandlungen herausgestellt haben, Beklagter auch überdies sich excipiendo mit einer solchen einstweiligen Trennung ausdrücklich einverstanden erklärt hat."
Helmbrecht c. mar. 19. October 1849.

[2]) So lehren z. B. J. H. Böhmer J. E. P. lib. 4. tit. 19. § 49. ("In hoc tamen divortium fecimus a more Romanae ecclesiae,

Trennung auf eine bestimmte mäßige Zeitdauer erklärt sich aus der Erwartung des Richters, daß nach Ablauf dieser Frist die Gründe, welche eine solche Maaßregel veranlaßt haben, gehoben seyn würden, so wie aus der Möglichkeit, widrigenfalls durch eine neue Verfügung den Termin verlängern zu können. Es scheint, daß in Hamburg früher selbst die immerwährende Trennung zu Tisch und Bett nicht ohne Beispiel gewesen, und daß die Anordnung auf eine bestimmte Zeit eine häufige Form gewesen ist. [1]) In neuerer Zeit dagegen ist die Separation auf unbestimmte Zeit mittelst der Klausel "bis zur Wiedervereinigung der Gemüther" nicht allein die gewöhnliche, sondern unseres Wissens die ohne Ausnahme allein vorkommende geworden. Es ist anerkannt, daß ein solcher Zustand zwar den Ehemann zur Leistung von gerichtlich zu bestimmenden Alimenten an die Frau verpflichtet, übrigens aber die Rechtsverhältnisse hinsichtlich des ehelichen Vermögens nicht alterirt, [2]) sofern

---

ut nunquam separationem perpetuam decernamus [nec enim haec a vero divortio distingui potest] sed tantum ad tempus conversationem conjugalem suspendamus.") Schott Eherecht § 227. Glück Commentar Bd. 26. S. 465.470. Bülow und Hagemann pract. Erörterungen Bd. 4. Nr. 67.

[1]) Klefeker Bd. 4. S 134. "Hier ist nur noch zu erwähnen, daß auch bei uns in den übrigen Mißverständnißfällen zwischen Eheleuten die Scheidung von Tisch und Bett für beständig, oder auch auf eine Zeitlang a Senatu erkannt, und wegen der Mittel und Subsistenz durch Commissarien das Behufige verglichen und geschlichtet zu werden pflege."

[2]) J. B. Dehn c. mar. 20. October 1848. Da eine Trennung der Eheleute zu Tisch und Bett bis zur Wiedervereinigung der Gemüther das eheliche Verwaltungsrecht des Ehemannes über die Güter der Ehefrau regelmäßig nicht aufhebt, besondere Gründe aber, weshalb im vorliegenden Fall eine Ausnahme von solcher Regel zu machen sey, von der Klägerin nicht haben angeführt werden können: daß Klägerin mit ihrem Antrage auf Auslieferung der von ihr eingebrachten Gelder und Silbersachen abzuweisen sey. — Vergl. Gries Commentar Th. 2. S. 26.294.

darüber nicht etwa eine freiwillige Uebereinkunft getroffen wurde. Eben so ist schon oben (§ 4 a. E.) dargethan, daß ein zu Tisch und Bett gerichtlich geschiedener Ehegatte durch Veränderung seines Aufenthaltsortes keine bösliche Verlassung in dem Sinne vornimmt, daß der andere Theil deshalb ohne Weiteres den Desertionsproceß einleiten dürfte. Sonach ist hier nur noch die Frage zu beantworten: welche rechtlichen Folgen eintreten können oder müssen, wenn eine Wiedervereinigung der Gemüther unter den separirten Eheleuten nicht Statt findet? Darüber sind einige Rechtsfälle aus unserer neueren Praxis anzuführen:

1. Meyer c. ux. Niedergericht 9. September 1842. Da die Partheien durch richterliches Erkenntniß bis zur Wiedervereinigung der Gemüther zu Tisch und Bett geschieden worden sind, die Beklagte nun aber auf die Aufforderung des Klägers, zu ihm zurückzukehren, erklärt, daß eine solche Wiedervereinigung der Gemüther zur Zeit nicht Statt finde und sie deshalb nicht zu dem Kläger zurückkehren könne, folglich derselben diese Rückkehr nicht zwangsmäßig oder unter dem Präjudize, widrigenfalls als eine bösliche Verlasserin ihres Ehemannes angesehen zu werden, auferlegt werden kann: daß Kläger, für jetzt wenigstens, mit seiner Klage abzuweisen.

Obergericht 18. November 1842. Da die Trennung zu Tisch und Bett nur als eine interimistische Maaßregel, keineswegs aber als eine, die Partheien bis zur Wiedervereinigung der Gemüther unwiderruflich bindende Verfügung angesehen werden kann; da solche Trennung somit nach Ablauf einer hinlänglichen Zeitfrist auf Antrag einer der Partheien wieder aufzuheben ist, wenn der Andere das Vorhandenseyn genügender Gründe für das Fortbestehen der Trennung nachzuweisen nicht vermag: da in Substrato die Trennung von Tisch und Bett bereits vor zwölf Jahren erfolgt, und die Beklagte seither bis auf die Behauptung einer vollkommenen Gleichgültigkeit gegen den Kläger für das Fortbestehen der Trennung nichts angeführt hat, diese

Gleichgültigkeit allein aber nicht hinreicht, ihren Widerspruch zu rechtfertigen: daß das niedergerichtliche Erkenntniß dahin zu reformiren, daß die Beklagte zu verpflichten, innerhalb vier Wochen zu ihrem Ehemann zurückzukehren, sie könnte und wollte denn in derselben Frist genügende Gründe für das Fortbestehen der Trennung angeben und erforderlichen Falles demnächst erweisen.

Darauf wurde durch niedergerichtlichen Bescheid vom 13. Januar 1843 die Beklagte verpflichtet, in 4 Wochen zu ihrem Ehemann zurückzukehren, unter dem Präjudiz, widrigenfalls für eine bösliche Verlasserin desselben erklärt zu werden, und auf ferneres Anrufen am 17. Februar 1843 erkannt: daß nunmehr die Beklagte für eine bösliche Verlasserin ihres Ehemannes zu erklären, demnach die zwischen beiden bisher bestandene Ehe gänzlich zu trennen u. s. w. (Im Obergericht bestätigt.)

2. S. c. ux. Niedergericht 21. October 1844. Da die unter Ehegatten ausgesprochene Trennung zu Tisch und Bett als eine interimistische Maaßregel nach Ablauf einer hinlänglichen Zeit auf Antrag des einen Gatten wieder aufzuheben ist, wenn der andere das Vorhandenseyn genügender Gründe für das Fortbestehen der Trennung nicht darthun kann; da im vorliegenden Fall die Trennung zu Tisch und Bett bereits am 11. Mai 1839 gerichtlich verfügt worden, und der m. n. Beklagte gegen die von dem klagenden Ehemann gestellten Anträge auf nunmehrige, unter veränderten Verhältnissen anzuordnende Wiedervereinigung mit seiner Ehefrau in seiner Vernehmlassung keine ausreichende Gründe angeführt hat: daß die beklagtische Ehefrau zu verpflichten sey, sich mit ihrem Ehemann an dessen gegenwärtigem Wohnorte in einer demnächst unter einem angemessenen Präjudize zu bestimmenden Frist wieder zu vereinigen, sie könnte und wollte denn in vier Wochen genügende Gründe für das Fortbestehen der Trennung zu Tisch und Bett angeben und erforderlichen Falles demnächst erweisen.

Obergericht 6. Juni 1845. Da, wenn auch allerdings eine jede separatio quoad thorum et mensam nach unserem Rechte nur einen provisorischen Charakter an sich trägt, so daß es dem Richter für die Zukunft stets vorbehalten bleibt, nach Maaßgabe der Umstände auf Antrag einer der beiden Partheien selbst beim Widerspruch der anderen die Pflicht zur Wiedervereinigung auszusprechen, daraus jedoch keineswegs gefolgert werden kann, daß nach Ablauf einer gewissen Zahl von Jahren lediglich und allein dieses Zeitablaufes halber die Aufhebung der Separation beantragt werden dürfe, und vom Richter verfügt werden müsse, wenn nicht das Fortbestehen der Maaßregel durch neue thatsächliche Momente motivirt und dieselbe gleichsam auf eine abermalige Reihe von Jahren prolongirt werde; da vielmehr der Richter bei Streitigkeiten dieser Art stets nur die jedesmaligen concreten Umstände zu beachten, und auf den Antrag der Wiedervereinigung, zumal wenn derselbe von derjenigen Parthei ausgeht, welche die erkennbare Ursache zu der Trennung abgab, nur dann einzugehen hat, wenn menschlicher Vermuthung nach die Anläße des früheren ehelichen Unfriedens jetzt als beseitigt angesehen werden dürfen; da nun im vorliegenden Fall die vom Kläger in seinem neuerdings eingereichten Antrage angeführten Data, wenn man sie mit dem gesammten Inhalt der Acten zusammenhält, keinerlei Gewähr dafür darbieten, daß die Beklagte, falls sie beantragtermaaßen dem Kläger nach N. folgte, vor ähnlichen Unbilden sichergestellt seyn würde, als sie früher vermöge seiner ex Actis hervorgehenden leidenschaftlichen Gemüthsstimmung zu erdulden hatte: daß das Erkenntniß a quo wieder aufzuheben, und Kläger mit seinem auf Wiedervereinigung gestellten Antrage zur Zeit und angebrachtermaaßen abzuweisen sey.

Und auf eingelegtes Declarationsgesuch am 27. Februar 1846: Da das Erkenntniß vom 6. Juni 1845 sich mit vollständiger Deutlichkeit darüber ausspricht, daß zwar, weil nach unserem Rechte eine Trennung von Tisch und

Bett niemals in perpetuum, sondern immer nur auf unbestimmte Zeit verfügt werde, eine Verurtheilung der Beklagten, zu ihrem Manne zurückzukehren, alle Zeit auch wider ihren Willen von den Gerichten ausgesprochen werden könne, dazu jedoch nicht der bloße Zeitablauf als solcher genüge, sondern vielmehr concrete Umstände und Momente erfordert würden, welche zu der Annahme berechtigten, daß der Grund der früheren Trennung nicht mehr obwalte, daß nun aber die zur Zeit vom Kläger in dieser Hinsicht angeführten Umstände und Momente eine solche Annahme noch nicht rechtfertigten, und daher die Klage, maaßen sie angebracht worden, unfundirt sey; da auch das Verlangen des Klägers, daß das Obergericht sich nachträglich darüber aussprechen möge, welche Momente denn seiner Ansicht nach zu jener Annahme genügen würden, nicht nur die Gränzen eines Declarationsgesuches überschreitet, sondern auch an und für sich, bei der Mannigfaltigkeit der hier denkbaren Eventualitäten und bei der Nothwendigkeit, die Beklagte über jede einzelne, sobald sie vorläge, erst zu hören, factisch und rechtlich gleich unerfüllbar seyn würde: daß das klägerische Declarationsgesuch zu verwerfen.

3. Nilcke c. ux. Niedergericht 30. October 1846. Da der provisorische Zustand einer Scheidung von Tisch und Bett jedem der beiden Eheleute das Recht gibt, nach Ablauf einer längeren Zeitfrist die Wiedervereinigung zu fordern, wenn nicht dringende Ursachen der Fortbestehung des provisorischen Zustandes das Wort reden; da nun die Beklagte weder excipiendo, noch duplicando, noch endlich bei Gelegenheit der commissarischen Verhandlungen genügende Gründe für das längere Fortbestehen der provisorischen Trennung, oder gar für ihren mehrfach erklärten Entschluß, nie wieder zu ihrem Ehemann zurückkehren zu wollen, geltend zu machen vermocht hat: daß Beklagte zu verpflichten sey, in 14 Tagen zu ihrem Ehemann zurückzukehren, unter dem Präjudiz, widrigenfalls für eine bösliche Verlasserin ihres Ehemannes erklärt zu werden.

Obergericht 1. Februar 1847. Da die früher ausgesprochene Trennung der Ehe bis zur Wiedervereinigung der Gemüther auf den Antrag der Beklagten geschehen, seit jener Scheidung auch keine so lange Zeit verflossen, daß dem jetzigen Kläger ohne Weiteres und ohne Angabe von veränderten Verhältnissen gestattet werden könnte, auf Rückkehr der Frau, unter dem Präjudiz, daß sie sonst für eine bösliche Verlasserin anzusehen, zu klagen, besonders da auch Kläger die bei der Trennung ihm auferlegten Verpflichtungen der Alimentation der Ehefrau und des Kindes erfüllt zu haben nicht einmal behaupten kann: daß unter Aufhebung des niedergerichtlichen Erkenntnisses vom 30. October 1846 Kläger für jetzt wenigstens mit seiner Klage abzuweisen, er könnte und wollte denn in term. praef. solche Umstände anführen, wodurch in den zu der früheren Trennung Veranlassung gegeben habenden Gründen eine wesentliche Aenderung eingetreten.

4. Bosse c. mar. Niedergericht 17. December 1847. Da bei einer verfügten provisorischen Trennung der Eheleute von Tisch und Bett nach Ablauf eines längeren Zeitraumes [1]) jedem der Ehegatten das Recht zusteht, auf Wiederherstellung des ehelichen Zusammenlebens anzutragen, und da Beklagter duplicando der in Replicis bestimmt beantragten Wiederaufnahme der Klägerin nur allgemeine, nicht näher substantiirte Weigerungsgründe entgegengesetzt hat: daß Beklagter zu verpflichten sey, die Klägerin in 14 Tagen wieder bei sich aufzunehmen, unter dem Präjudize, widrigenfalls als ein böslicher Verlasser seiner Ehefrau angesehen zu werden. Auf ferneres Anrufen der Klägerin wurde am 21. Januar 1848 erkannt: daß Klägerin vorgängig annoch einen dahin zu formalisirenden Eid, daß sie den Beklagten ernstlich zur

---

[1]) Die Separation war am 7. August 1846 auf den Antrag der Frau ausgesprochen, "da sich in der abgehaltenen persönlichen Erscheinung die gänzliche Unverträglichkeit der Gemüther der litigirenden Eheleute hinlänglich herausgestellt hat."

Wiederherstellung des ehelichen Beisammenlebens aufgefordert habe, abzuleisten schuldig. — Nach Ableistung des Eides wurde am 11. Februar 1848 die Ehe gänzlich geschieden, und dies vom Obergericht confirmirt.

5. Horn c. ux. 18. December 1848. Da der klägerische Antrag, die seit einer längeren Reihe von Jahren bestandene Trennung von Tisch und Bett wieder aufgehoben zu sehen, an und für sich allerdings für begründet zu erachten ist, die Beklagte aber zu einer Rückkehr zu ihrem Ehemann dann nicht würde gezwungen werden können, wenn sie einen ihrer excipiendo vorgebrachten thatsächlich von dem Kläger geläugneten Weigerungsgründe zu erweisen vermöchte: daß Beklagte zu verpflichten sey, zu erweisen, daß Kläger dem Trunke ergeben sey, oder daß derselbe mit einem anderen Frauenzimmer in vertrautem Umgange lebe, oder daß ein solches Verhältniß doch früher nach seiner Trennung von der Beklagten bestanden habe.

26. Januar 1849. Da die der Beklagten obliegende zweite Beweisalternative durch das nunmehrige unumwundene desfallsige Geständniß des Klägers vollständig hergestellt ist, und die Weigerung der Beklagten, zu ihrem Ehemann zurückzukehren, danach völlig gerechtfertigt erscheint: daß Kläger mit der erhobenen Klage abzuweisen sey.

6. Johannsen c. mar. Niedergericht 22. April 1850. Da Implorantin selbst anführt, daß sie im Jahr 1844 auf ihren Antrag von ihrem Ehemann, dem Imploraten, zu Tisch und Bett geschieden worden sey, unter diesen Umständen aber eine Verpflichtung des Imploraten, mit ihr zusammen zu leben oder an ihrem Wohnorte sich aufzuhalten, nicht vorliegt, mithin derselbe auch, wenn er auf die beantragte Ladung nicht erschiene, für einen böslichen Verlasser seiner Ehefrau nicht würde erklärt werden können: daß Implorantin mit ihrer Imploration abzuweisen.

Obergericht 28. Juni 1850. Da eine auf Antrag der Ehefrau verfügte Trennung von Tisch und Bett den Ehemann nicht berechtigt, sich durch heimliche Entfernung ohne irgend

eine Auskunft über seinen anderweitigen Aufenthalt allen ferneren Verpflichtungen gegen seine Ehefrau zu entziehen: daß unter Wiederaufhebung des niedergerichtlichen Erkenntnisses vom 22. April d. J. die gebetenen Edictales gegen den Ehemann der Appellantin unter dem von ihr beantragten Präjudize zu gestatten, und die Appellantin behufs weiteren Verfahrens an das Niedergericht zu verweisen.

Die in den vorstehenden Entscheidungen adoptirte Theorie ist der gemeinrechtlichen Doctrin unbekannt. Im 17. Jahrhundert wurden die Eheleute, wenn das Consistorium die Separation nicht länger dulden wollte, zur Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft durch Gefängnißstrafe gezwungen, allenfalls gegen eine von dem Ehemann zu Gunsten der Frau bestellte Caution de non offendendo. [1]) Schon J. H. Böhmer tadelte diese Praxis, und bemerkte, daß einmal separirte Eheleute selten zur wirklichen Wiedervereinigung bewogen werden können. [2]) Geht man aber von dem allgemein angenommenen Axiom aus, daß das Recht der Protestanten eine Separatio perpetua nicht statuire, so folgt daraus von selbst, daß der Scheidung zu Tisch und Bett als einem provisorischen Zustande ein definitiver folgen müsse, welcher nur entweder in verwirklichter Wiederaufhebung der verfügten interimistischen Trennung, oder in gänzlicher Ehescheidung bestehen kann. Wenn jene eine Wiedervereinigung der Gemüther voraussetzt, also nur freiwillig mit Consens beider Gatten erfolgen kann, so führt deren Nichterzielung alsdann mit Nothwendigkeit zur Lösung des ehelichen Bandes. Hiermit stimmen auch die neueren Schriftsteller überein. So lehrt Pfeiffer in besonderen Abhandlungen über diesen Punkt: [3]) die Protestanten kennen keine immerwährende Trennung der Ehegatten bei fortdauerndem Ehebande; sie bedürfen ihrer nicht, weil ihnen die gänzliche Ehescheidung erlaubt ist,

---

[1]) Carpzov Jurispr. consist. lib. 2. def. 216—220.

[2]) Böhmer J. E. P. lib. 4. tit. 19. § 49. 50.

[3]) Pfeiffer Practische Ausführungen Bd. 2. Nr. 9. Bd. 5. Nr. 3.

sie müssen dieser vor jener den Vorzug geben, weil dadurch allen den nachtheiligen Folgen vorgebeugt wird, welche eine — den wesentlichsten Bestimmungen der Ehe widersprechende — persönliche Absonderung der Ehegatten, während sie einander noch zur ehelichen Treue verpflichtet sind, unvermeidlich nach sich zieht; daher muß die persönliche Trennung aufgehoben und die Ehescheidung erkannt werden, sobald die während eines längeren Zeitraums unverändert fortgedauerte Abneigung zur Wiedervereinigung die Folgerung begründet, daß die blos temporär zulässige Trennung eine immerwährende seyn werde. Diesem Princip zufolge muß nach protestantischem Kirchenrecht die gänzliche Scheidung nicht allein wegen bestimmter für dazu geeignet erklärter Gründe, sondern auch wegen anderer, hierunter nicht begriffener, unter Voraussetzung einer als Versuch der Wiederaussöhnung der Ehegatten erfolglos vorausgegangenen zeitigen Trennung derselben von Tisch und Bett, für statthaft gehalten werden. — Man vergleiche ferner u. A. Bülow und Hagemann practische Erörterungen Bd. 4. Nr. 67. "Erfolgt während der Separationszeit keine Aussöhnung der Gemüther, und dauern die Ursachen der erkannten Trennung noch fort, so kann die Separation noch weiter auf eine bestimmte oder unbestimmte Zeit verlängert werden. Sollte aber auch dieser letzte Versuch fruchtlos ablaufen, alsdann muß es endlich zur Scheidung kommen, weil sonst eine perpetuirliche nicht zulässige Separation Statt haben müßte, oder doch durch anzuwendende richterliche Zwangsmittel leicht Aergerniß, größeres Unglück und Gefahr entstehen könnten, welche billig abzuwenden sind." Glück Commentar Th. 26. S. 474. "Ist die Zeit verflossen, auf welche diese Scheidung erkannt worden, so muß entweder die Ehe wieder hergestellt, oder die Scheidung durch eine neue Frist verlängert werden, oder, wenn keine Wiederaussöhnung zu hoffen ist, auf gänzliche Trennung der Ehe erkannt werden." Thibaut System § 425. "Sind die unter Ehegatten stattfindenden Mißhelligkeiten von der Art, daß sie die Hoffnung einer Versöhnung nicht ausschließen, so wird auf

eine zeitige Trennung von Tisch und Bett erkannt, welcher dann, nach fehlgeschlagener Hoffnung, die wahre Ehescheidung zu folgen pflegt." Richter Lehrbuch des Kirchenrechts Bd. 2. § 269. "Die Unzulässigkeit der immerwährenden Separation blieb während dieser Entwickelung (des protestantischen Kirchenrechts) immer anerkannt. Die temporäre Separation dagegen wurde nach richterlichem Ermessen verfügt, woran sich dann nach verflossener Trennungszeit und nach fruchtlosem Versuch der Versöhnung in der Regel die Scheidung vom Bande zu knüpfen pflegte." Nach denselben Grundsätzen wurden von den Hessischen Gerichten [1]) die Folgen einer Separation beurtheilt, welche von der Hamburgischen Prätur im Jahr 1818 unter damals hieselbst lebenden Ehegatten "bis zur Wiedervereinigung der Gemüther" ausgesprochen war. Das Obergericht in Kassel trennte im Jahr 1825 die Ehe "in Erwägung, daß, wenn nach erkannter Trennung von Tisch und Bett die Hoffnung der Wiedervereinigung der Ehegatten nicht in Erfüllung geht, die hieraus zu entnehmende Unversöhnlichkeit derselben, auch abgesehen von dem deshalbigen hiesigen Gerichtsgebrauche, schon nach gemeinem Eherecht der Protestanten in Deutschland einen Grund zur wirklichen Ehescheidung enthält." Und das dortige Oberappellationsgericht bestätigte dieses Urtheil, "in Erwägung, daß nach gemeinem protestantischen Eherechte [2]) eine immerwährende Trennung von Tisch und Bett als durchaus unzulässig erscheint, dieselbe vielmehr nur als Versuch, bei sich ergebender Unverträglichkeit der Ehegatten eine Wieder-Annäherung und Versöhnung derselben zu bewirken, erkannt wird; daß daher,

[1]) Pfeiffer a. a. O. Bd. 2. S. 333—337.

[2]) Das Gericht ging davon aus, daß über die rechtliche Wirkung der in Hamburg erkannten Trennung von Tisch und Bett in Beziehung auf die gänzliche Ehescheidung das hieselbst geltende Recht als Norm dienen müsse, und meinte als solches, bei dem Mangel der bestimmten Angabe eines Particular-Gesetzes, das gemeine Eherecht der Protestanten in Deutschland mit Sicherheit annehmen zu können.

sobald dies Versöhnungsmittel sich als erfolglos darstellt, und alle Hoffnung der Wiedervereinigung beider Ehegatten verschwindet, nichts anders als die gänzliche Ehescheidung übrig bleibt; daß zwar zu diesem Zwecke, wenn die Trennung von Tisch und Bett auf eine bestimmte Zeit erkannt worden, eine Verlängerung dieser Frist vorherzugehen pflegt, dies jedoch nicht als anwendbar erscheint, wenn die Trennung auf unbestimmte Zeit erkannt, und seitdem ein so langer Zeitraum verflossen ist, daß mit Rücksicht auf die dermaligen Verhältnisse der Ehegatten eine Wiederaussöhnung nicht mehr zu erwarten steht; daß aber solches im gegenwärtigen Fall, nachdem die persönliche Trennung bereits über 8 Jahre ohne eine Wiederaussöhnung zu bewirken, fortgedauert hat, um so mehr anzunehmen ist, als aus den beiderseitigen Erklärungen der Ehegatten ihre gänzliche Abneigung zur Wiedervereinigung klar hervorgeht."

Vergleichen wir hiermit die Singularität unserer topischen Praxis, so hatte in dem ersten der obigen Rechtsfälle das Niedergericht jede bis zur Wiedervereinigung der Gemüther ausgesprochene Separation virtuell für eine perpetua erklärt, da ja auch die letztere eine Aussöhnung mit beiderseitigem Consense unbedingt zuläßt; die erste Instanz hat sich jedoch seitdem den Ansichten der zweiten, soweit dieselben erkennbar wurden, zu accomodiren ersichtlich bestrebt. Nach den Aussprüchen des Obergerichts soll die Trennung zu Tisch und Bett keineswegs als eine, die Partheien bis zur Wiedervereinigung der Gemüther unwiderruflich bindende Verfügung, vielmehr nur als eine interimistische Maaßregel gelten, und einen provisorischen Charakter an sich tragen. Nach Ablauf einer hinlänglichen Zeitfrist steht es jeder von beiden Partheien frei, auf Wiederaufhebung der erkannten Trennung gerichtlich anzutragen; darüber aber, wie lang dieser Zeitraum gewesen seyn müsse? ist nichts bestimmt; auch genügt nicht dessen Ablauf allein, sondern der Richter hat auf den Antrag nur dann einzugehen, wenn präsumtiv die Anlässe des früheren ehelichen Unfriedens jetzt als beseitigt angesehen werden

dürfen. In dieser Beziehung wird Gewicht darauf gelegt, ob die Aufhebung der Separation von derjenigen Parthei ausgeht, welche früher die erkennbare Ursache zu der Trennung abgab (also als beklagter Theil auftrat), in diesem Fall muß er solche Umstände anführen, wodurch in den zu der früheren Trennung Veranlassung gegeben habenden Gründen eine wesentliche Aenderung eingetreten sey, wogegen sonst der sich der Aufhebung der Trennung widersetzende Theil für das Fortbestehen der letzteren genügende Gründe nachweisen muß. Eine allgemeine, nicht näher substantiirte Weigerung wird nicht beachtet, dagegen schützt es den Beklagten gegen die Aufhebung der Separation, wenn die Trunkfälligkeit oder die Untreue des Klägers von diesem eingeräumt werden muß, oder von Jenem erwiesen werden kann. Endlich gelangt man auf diesem Wege bei uns zur gänzlichen Scheidung nur dann, wenn unter den bisherigen Bedingungen ein die Separation tilgendes Erkenntniß abgegeben wurde, und wegen Ungehorsam des zur Wiedervereinigung verurtheilten Beklagten das dort angedrohte Präjudiz, wonach er als böslicher Verlasser angesehen werden soll, in Kraft gesetzt werden muß. Diese, schon von Böhmer [1]) als unpassend und unzweckmäßig getadelte Fiction einer Quasi-Desertion führte in dem ersten der obigen Rechtsfälle ohne Weiteres zur definitiven Scheidung, in dem vierten, nach Maaßgabe der inzwischen eingetretenen Veränderung (vergl. oben S. 94) erst nach Ableistung eines Eides darüber, daß der Beklagte ernstlich zur Wiederherstellung des ehelichen Beisammenlebens aufgefordert worden sey. Man scheint sonach den vorherigen gerichtsseitigen mit Androhung der Folgen verknüpften Befehl für noch weniger ernstlich und wirksam zu halten, als eine Privataufforderung durch den seit längerer Zeit separirten Ehegatten.

---

[1]) J. E. P. lib. 4. tit. 19. § 50.

## § 7.
### Reflexionen.

Welch ein Zustand! — Wenn wir der bisherigen unbefangenen Darstellung einige kritische Bemerkungen anhängen, so scheint es gerathen, zunächst einige frappante Wahrnehmungen aus der täglichen Gerichtserfahrung hervorzuheben.

Nicht häufig wird es vorkommen, daß, wenn einer der gesetzlich anerkannten Ehescheidungsgründe geltend gemacht wird, der immer ein Verschulden des beklagten Theiles voraussetzt, diesem die Aufhebung der Ehe als ein wahres Unglück erschiene; oft wird er an ihrer Aufrechthaltung nur etwa ein pecuniäres Interesse haben, was in diesem Verhältniß als das untergeordnetste erscheint. Daß aber die Scheidungen überhaupt stets in der Form eines Rechtsstreites verhandelt werden, kommt daher, daß das geltende Recht jede formelle Scheidung durch solche Gründe bedingt, welche eine Verletzung der Pflichten des anderen Gatten involviren. Ihm soll deshalb Gelegenheit geboten werden, sich wegen dieser Beschuldigung zu verantworten, denn die daran geknüpfte Folge wird als ein Nachtheil, als eine Art Strafe für ihn angesehen. Allein sehr oft ist diese Voraussetzung ganz irrig: der beklagte Theil ist vielleicht mit der beantragten Scheidung sehr zufrieden, und betrachtet sie als einen erwünschten Vortheil seines pflichtwidrigen Verhaltens. Freilich müßte deshalb nicht weniger dem Kläger zu seinem Recht verholfen werden, aber auch diesem liegt oft weniger an dieser besonderen Beschuldigung gegen seinen Gatten, sondern er will dieselbe nur benutzen, um aus ganz anderen Motiven von einer Ehe befreit zu werden, an deren innerem Verfall er weit mehr Schuld tragen kann, als sein Gegner. Beide treffen also, auch wenn keine Verabredung unter ihnen geschlossen war, in dem Wunsche überein, diese Ehe geschieden zu sehen. Dann aber ist die ganze gerichtliche

Procedur eine Komödie, ein Scheingefecht, worin nur mit Formen gespielt wird, weil in Wirklichkeit unter den Partheien kein Streit existirt; worin der Richter als Ehedefensor mit dem übereinstimmenden Willen der Gatten einen Kampf unternimmt, in welchem gewöhnlich er durch ihre Ueberlistung zum unterliegenden Theile wird.

Ungeachtet der scheinbar engen gesetzlichen Begränzung der Scheidungsgründe ist es doch leicht begreiflich, daß deren Anwendung in der Praxis durchaus keinen Damm gegen die auf förmliche Trennung gerichtete Willkür beider Ehegatten, oder auch nur eines von ihnen bildet. Ohne eine näher eindringende Prüfung besorgen zu müssen, ist mittelst der Demonstration ehelichen Unfriedens eine gerichtlich erkannte oder (jetzt) unter amtlicher Autorität vereinbarte Separation zu Tisch und Bett unbedenklich zu erwirken; wenn dann nach Ablauf einiger Jahre der frühere Kläger den gerichtlichen Antrag auf Wiedervereinigung stellt, und vom Beklagten nur keine triftigen Gründe dawider geltend gemacht werden, so führt die Nichtbefolgung des richterlichen Befehles auf Rückkehr in die eheliche Gemeinschaft ohne Weiteres zur Trennung des Bandes, sowohl nach gemeinem Recht, als nach unserer, freilich in dieser Materie schwankenden Praxis. — Einem Paare, dem dieser nach einer unbestimmten Zahl von Jahren rechnende Ausweg zu lange dauert, bietet sich ein zweiter, um so kürzerer, zu demselben Ziele dar: der Mann macht eine Reise, oder die Frau bezieht ein anderes Logis; dieser bewegliche Theil wird dann von dem zurückgebliebenen wegen böslicher Verlassung verklagt. Möge er auf diese Vorladung ausbleiben, oder unerhebliche Einwendungen oder die dürre Weigerung der Rückkunft vorbringen, so wird ihm gleichmäßig die richterliche Mahnung zur Heimkehr binnen kurzer Frist unter dem Rechtsnachtheil, sonst als böslicher Verlasser angesehen zu werden, nach deren Ablauf dieses Präjudiz ausgesprochen und die Ehe geschieden wird. Zwar muß neuerlich der Kläger vorher noch eine Art von Calumnieneid leisten, dahin lautend: "daß er sich nicht bewußt sey,

genügende Veranlassung zu dieser Trennung gegeben zu haben, und daß ihr keine Verabredung zum Grunde liege." Allein dieser vage und stereotyp gewordene Eid wird niemals verweigert; wer mögte auch die Bescheidenheit so weit treiben, sich selbst alle Schuld an ehelicher Kälte oder Uneinigkeit beizumessen, und wozu hätte es einer ausdrücklichen Verabredung bedurft, wenn man schon stillschweigend über dasjenige, was im beiderseitigen Interesse liege, einverstanden war? Schon deshalb ist diese Waffe stumpf, die einzige in der Hand des Richters, der sich durch sie gegen den Verdacht einer Collusion der Partheien zu schützen, oder die Unlösbarkeit der Ehe im Principe zu wahren wähnt. Aber auch abgesehen von dem ungenügenden Inhalt, wie könnte man erwarten, sich mit Sicherheit auf die Scrupulosität desjenigen zu stützen, der nur mittelst einer allgemein lautenden Eidesform sein ganzes Lebensglück und dasjenige des bisherigen Gatten seiner Vorstellung zufolge, zu retten vermag? Wer jedoch in diesem Punkte ängstlich oder gewissenhaft seyn würde, entschließt sich vielleicht eher zur Benutzung der folgenden Alternative. Von einem derartigen Eide ist nämlich überall nicht die Rede in Scheidungsprocessen wegen Ehebruch, und diese regina perfidiarum hört, wenn er nur mit (nachher unbenutzter) Einwilligung des anderen Gatten begangen wird, sogar auf eine Verletzung seiner Rechte zu seyn. Einer von beiden übernimmt also die dafür erforderlichen Functionen, und der andere sorgt für die von Ungefähr zutreffende Wahrnehmung zweier Solennitätszeugen, durch deren wahrheitgemäße, höchstens mit der canonischen Präsumtion noch zu ergänzende Aussage dann in dem erhobenen Processe Alles in das grellste Licht tritt quod erat demonstrandum. Mag ein solches Verfahren unstreitig die Rohheit und gemeine Gesinnung der Partheien beurkunden, so wird es doch einigermaßen erklärlich, durch eine Gesetzgebung, welche nur diesen Ausweg, den schmutzigsten von allen, freilassen wollte, um sich aus einem für unerträglich gehaltenen Joche zu befreien.

Nicht minder genügt schon der entschiedene Wille des einen Gatten, ungeachtet der unveränderten Pflichttreue des anderen, um ein ihm lästig gewordenes Eheband abzustreifen. Denn wer auch die schnödeste Behandlung und jedes häusliche Ungemach geduldig zu ertragen wußte, kann doch durch einen an ihm in dieser Voraussicht verübten Treubruch im engeren Sinne von der Mahnung der eigenen Ehre oder der allgemeinen Stimme genöthigt werden, zuletzt den Schritt als unvermeidlich zu ergreifen, wozu ihn das Gesetz unter solchen Umständen berechtigt. Wer ferner kein Bedenken trägt, die innere Entfremdung auch durch äußere Trennung von dem Ehegenossen gegen dessen Willen zu manifestiren, wird in den meisten Fällen ihn dadurch in die Situation versetzen, daß er früher oder später den Schutz der Justiz anrufen muß, welche für den böslich Verlassenen keinen anderen Rath weiß, als indem sie das für ihn zur bedeutungsleeren Fessel gewordene Band zerschneidet. Dem noch häufigeren Vorkommen solcher Kläglichkeiten wird wahrlich nicht von der Weisheit unserer Gesetze, sondern nur durch die individuelle Ehrenhaftigkeit gewehrt, welche jedoch, wie tägliche Erfahrungen lehren, sich dabei auf eine sehr gefährliche und zerbrechliche Spitze gestellt finden muß.

Evident ist es sonach für jeden an diesem Zweige der Rechtspflege Betheiligten, daß das bestehende Recht, seinen Zweck, der mindestens als ein ernstlicher und besonnener gelten muß, zu erreichen, weit entfernt ist. Wollte man es der Praxis überlassen, aus sich selbst andere Grundsätze zu entwickeln, so könnte dies nur auf demjenigen Gebiete geschehen, wo sie durch keine Prohibitivgesetze gebunden ist, sondern von den Ansichten einer getheilten Doctrin geleitet wird, d. h. auf dem processualischen. Eine Aenderung hierin, wo man bei uns der strengeren Meinung folgt, würde namentlich zu der von Gensler, Glück u. A. vertretenen laxen Theorie über die Wirksamkeit des ausdrücklichen oder wegen Contumaz fingirten Geständnisses, und über die Zulässigkeit des Schiedseides führen müssen. Es ist aber klar,

daß eben hierdurch jede Schranke gegen die alltäglichsten Collusionen aufgehoben, und ein unwürdiges Spiel mit wesenlosen Formen systematisch begünstigt, also die Ohnmacht der Justiz zur Handhabung der Gesetze von ihr selbst proclamirt werden würde. Denn der Grund für die volle Wirksamkeit des Geständnisses, der Contumaz und des Schiedseides in Streitigkeiten über Mein und Dein liegt darin, daß hier lediglich von dem Widerstreit der Interessen zweier Partheien die Rede ist, und daß neben diesem Widerstreit, also so weit sie einig sind, der Richter gar keinen Beruf hat, sich in ihre Verhältnisse einzumischen und ihre Freiheit zu beschränken. "Ganz anders verhält es sich bei der Scheidungsklage, in welcher dem Willen der Partheien das davon unabhängige öffentliche Interesse gegenüber steht. Wenn hier jene Beweismittel ihre gewöhnliche unbeschränkte Kraft behalten, so ist, ihnen gegenüber, das öffentliche Interesse, welches ein blos ideales Daseyn hat und nicht als Parthei persönlich vertreten wird, völlig schutzlos, und es steht ganz in der Macht der Partheien, durch Collusion ihren Zweck gegen den wahren Inhalt des Gesetzes zu erreichen, selbst wenn der Richter die unredliche Absicht durchschauen sollte. Dieser Zustand ist fast schlimmer, als der einer gesetzlich anerkannten willkürlichen Ehescheidung, weil er die Partheien zu einem wahrheitswidrigen Benehmen verleitet, und zugleich das Ansehen des Gesetzes und der Gerichte untergräbt." [1])

Wenn daher in dieser skandalös gewordenen Parthie unseres Rechtslebens über kurz oder lang Wandel geschafft werden soll, so ist das Eingreifen der Gesetzgebung in dieselbe nicht zu entbehren. Dabei wird es vor Allem nöthig werden, sich über die Grundlage, auf welcher man im Detail fortbauen will, zu verständigen, und hierüber können die Ansichten nicht nur verschieden, sondern sich gradezu entgegengesetzt seyn. Am nächsten scheint bei dieser, wie bei anderen partiellen

---

[1]) Darstellung der in den Preußischen Gesetzen über die Ehescheidung unternommenen Reform (1844) S. 66.

Reformen der Plan zu liegen, daß das bewährte Grundprincip des bisher Bestehenden aufgesucht, in seinen nothwendigen Consequenzen beibehalten und weiter entwickelt, dagegen von Mißbräuchen und Auswüchsen gereinigt und befreiet werde, die sich gleich Anfangs oder im Verlauf der Zeit durch Mißverstand oder verkehrte Anwendung daran gesetzt haben. Das Wesentliche und der eigentliche Kern der geltenden Gesetzgebung besteht aber darin: daß sie ihre Vorschriften aus der Bibel, nach deren Auslegung durch die lutherische Kirche, ableitet. Wie schon die Bugenhagen'sche Kirchenordnung jeden Rechtsstreit unter Eheleuten als einen "Frevel und Muthwillen wider Gott" bezeichnet, so hat auch das Stadtrecht von 1603 mit auswärtigen gleichzeitigen Kirchenordnungen sich genau Demjenigen angeschlossen, was Luther als den Inhalt des neuen Testamentes über diese Materie gelehrt hatte. Hierbei ist unsere Legislation seitdem stehen geblieben, und obschon der in unserem § 1 angeführte Gesetzentwurf von 1709 nicht zur Ausführung gelangte, so ist er doch ganz im Einklange mit den von ihm vorgefundenen und inzwischen nicht aufgehobenen Rechtsnormen, wenn er vorschreibt, daß die Urtheile des projectirten Consistoriums in Ehesachen "nach der heiligen Schrift, auch den gemeinen und in unserer Stadt gebräuchlichen Rechten" gesprochen werden sollten, und wenn Eingang und Schluß der damals entworfenen Eheordnung folgendermaßen lauten:[1])

"Weilen wir aus Göttlichem Worte wissen und erkennen, daß Gott den Ehestand, welchen er im Stande der Unschuld eingesetzt, ehrlich will gehalten haben, und dabei alle Unordnung, Unreinigkeit und Zerrüttung ernstlich untersaget und verboten, auch die Uebertreter schrecklich gestrafet, als an dem Untergang der ersten Welt, Sodom's und Gomorra's Verwüstung und anderen erschrecklichen Exempeln erhellet, und wir dergleichen schwere Zorngerichte Gottes nicht über uns ziehen, sondern vielmehr in gehorsamer Vollbringung

---

[1]) Westphalen Geschichte der Hauptgrundgesetze Bd. 3. S. 43. 44.

seines göttlichen Willens, wie in andern, also auch in diesen Stücken, uns seiner beständigen Gnade versichern mögen, so soll es alle Wege nach folgender Eheordnung gehalten werden. — — Und wie nun dieses Alles dem Göttlichen Worte, auch Zucht und Ehrbarkeit gemäß, als werden fromme Christen und Einwohner demselben allewege zu geleben geflissen seyn; die anderen werden hiemit für Schaden und Strafe treulich gewarnet."

Hierin ist der Standpunkt des Staates, welcher ein religiöser und speciell ein christlicher seyn will, richtig angedeutet. Eben so, nur mit moderneren Worten, heißt es noch im Eingange des Preußischen Ehegesetzentwurfes von 1842, daß "in Erwägung der Mißbräuche, welche die Anerkennung der Heiligkeit der Ehe geschwächt haben, die betreffenden Bestimmungen des allgemeinen Landrechts geprüft seyen, um den Einwirkungen des Christenthums, von denen allein die gründliche Heilung dieser Uebel zu hoffen ist, den Weg zu bahnen." Wo aber diese Ueberzeugung mehr als eine nichtswürdige Phrase ist, wo ihr die Factoren der Staatsgewalt und Gesetzgebung offizielle Anerkennung zu verschaffen ernstlich entschlossen sind, da wird ein revidirtes Ehegesetz jedenfalls von folgenden Grundzügen ausgehen müssen:

a. Da es keine positive Religion geben kann, die nicht in der Form einer bestimmten Confession gefaßt wäre, wie namentlich jeder Einzelne nur dadurch Christ ist, daß er einer der christlichen Confessionen ausschließlich und unbedingt angehört, so muß es sich auch in der Gesetzgebung des religiösen Staates wiederfinden. Der Staat z. B., welcher ein katholischer seyn will, ist in seiner Legislation über die Ehe, wie über andere kirchliche Gegenstände, an das katholische Religionssystem gebunden, und hat dessen Lehren zu verwirklichen. Der Hamburgische Staat des 17. Jahrhunderts machte Anspruch darauf, ein lutherischer Staat zu seyn, deshalb konnte er keine andere als die Luther'sche Theorie der Scheidungsgründe in sein Stadtrecht aufnehmen; deshalb lesen wir die Kirchen- und Eheordnung, welche aus zufälligen Gründen

damals nur Entwurf blieb, in der "Geschichte der Hauptgrundgesetze der Verfassung", und es versteht sich von selbst, daß darin "Eheverbündnisse mit Mennonisten, Socinianern, Arminianern und Juden und anderen Ungläubigen bei Verlust der Stadtwohnung verboten" werden, daß "Verlobung mit Römisch-Catholischer Religion und Reformirten Verwandten nach der Vorschrift Göttlichen Worts widerrathen und davor gewarnet", etwaige Verträge aber, wonach die Kinder aus solchen Ehen in einer andern als der lutherischen Kirche erzogen werden sollten, für ungültig erklärt wurden. Es war schon eine, durch den Westphälischen Frieden gebotene, bedeutende Inconsequenz, solche Ehen überhaupt zu dulden, anstatt sich ihrer gleichfalls durch Stadtverweisung zu entledigen. Freilich ist der Widerspruch seitdem noch weit schreiender geworden durch Gewährung der bürgerlichen und politischen Rechte an Reformirte, Katholiken, Altlutheraner, Deutschkatholiken und Juden, deren die Ehescheidung betreffende Religionslehren sich gegenseitig vernichten. Wenn ein Staat, obschon er hierdurch thatsächlich auf die Möglichkeit, ein confessioneller oder christlicher zu seyn, verzichtet hat, noch prätendirt, ein abstract religiöser zu bleiben, so steht ihm nur der eine Ausweg offen: der Diener aller heterogenen, von ihm anerkannten, wirklichen, d. h. confessionellen Religionsgemeinden zu seyn. Er wird also für jede Kirche oder Secte ein ihren Religionsvorschriften, so weit sie hierauf influiren, entsprechendes Ehegesetz verfassen lassen, und seinen weltlichen Arm zur Handhabung und Aufrechthaltung aller dieser, denselben Gegenstand auf unter sich widersprechende Weise behandelnden Normen leihen müssen. Wenn er dadurch auf Einheit und Selbstständigkeit seiner Gesetzgebung Verzicht leisten muß, so behauptet er wenigstens das Wesen des christlichen oder jüdischen Staates: die organisirte äußere Gewalt im Dienste dieser und jener religiösen Vorstellungen zu seyn. Wenn die Fälle der irgendwie gemischten Ehen auf diesem Wege auch keine Lösung finden, so würde, sofern man ihn einschlägt, wenigstens die Abnormität beseitigt seyn, daß der-

malen (vergl. § 1 a. E.) Juden ihre Ehe nach den Aussprüchen des Apostel Paulus führen müssen, und daß Katholiken nach den Grundsätzen des protestantischen Kirchenrechts geschieden werden.

b. Der Protestantismus ist die Religion der Mehrzahl in Hamburg. Seine Dogmen über die Ehescheidung auch der zahlreichen Minorität anderer Religionsbekenner aufzudringen, wäre um so unstatthafter, als bekanntlich grade dieser Gegenstand von den Reformatoren wenig entwickelt, und die protestantische Kirchenlehre darüber in sich selbst schwankend und zweifelhaft geblieben, auch niemals zur einstimmigen Anerkennung gelangt ist. Um so gewisser ist es, daß der specifisch protestantische Staat, oder der religiöse Staat für den protestantischen Theil seiner Bevölkerung, die Aufgabe im Einklange mit der Kirche zu lösen hat, da er die practische Verwirklichung ihres dogmatischen Lehrbegriffes unternimmt. Diese Kirche verweist ihn auf die nämliche Quelle, aus welcher sie ihr System von Dogmen schöpft, und in welcher noch andere Schwierigkeiten und Zweifel, als die das göttliche Institut der Ehe betreffenden, erwogen und überwunden werden: auf die Religionswissenschaft oder die Theologie. Luther und die übrigen Autoritäten auf diesem Gebiete waren weder Staatsmänner, noch Juristen, vielmehr Theologen. Das Wissenschaftliche in der protestantischen Theologie ist aber ihr geistiges Leben, d. h. ihre Fähigkeit, sich zu entwickeln, zu verändern, immer tiefer in den Sinn und Geist des Evangeliums zu dringen. Diesen Veränderungen muß auch der christliche Staat auf seinem Felde folgen; einem wesentlichen Fortschritt in der geistlichen Wissenschaft muß auch die Umwandlung seiner Gesetze noch gewisser entsprechen, als dieselbe in anderen Richtungen sich an die Epochen der weltlichen Wissenschaft knüpft. Der seichten Aufklärung des vorigen Jahrhunderts und dem schalen Rationalismus ist bereits eine ernstere und unbefangnere Forschung in dem Evangelium als dem stabilen Fundamente des Glaubens gefolgt; gleichwie während jener Periode im vermeintlichen Anschluß an die leichtsinnig miß-

handelte heilige Schrift die laxeste Gesetzgebung über die Ehe, und bei uns eine haltlose Praxis einriß, so ist es nun an der Zeit, von demselben Standpunkte aus umzukehren und sich die sicheren Früchte des neu erwachten exegetischen und dogmatischen Studiums anzueignen. Ohne Beruf und Neigung, unsererseits diese Bahn zu ebenen, dürfen wir nur an einen schon oben (§ 4) berührten Hauptpunkt erinnern. Es ist nämlich schon dem Laien einleuchtend und unter den achtbarsten Theologen, wie Rechtslehrern, anerkannt, daß die gangbare Lehre von dem Scheidungsgrunde der böslichen Verlassung sich nach gesunder Exegese aus ihrer einzigen Stütze (1. Cor. 7, V. 15) unmöglich rechtfertigen läßt, sondern auf einen ganz singulären Fall, und zwar bei Zulassung von Ehen mit Nichtchristen auf eine apostasia superveniens beschränkt werden muß. Dafür erklärt sich außer den früher Angeführten auch der Verfasser eines neueren ausgezeichneten Werkes über Kirchenrecht: "Eine künftige Gesetzgebung wird dem Standpunkte der Schrift genügen, wenn sie die Lösung des Bandes gestattet, wo sich der eine Ehegatte durch Unzucht versündigt oder seinen christlichen Gemahl aus Haß gegen die christliche Religion verläßt, gleichviel ob damit nur eine stillschweigende, aber dringende Gefahr des Abfalls, oder eine ausdrückliche Nöthigung zur Verläugnung des christlichen Glaubens und Lebens verbunden ist." [1]) Von selbst versteht es sich, daß hiermit auch die zwar discrete, aber sehr willkürliche Ausdehnung, welche unsere spätere Praxis sich von der falschen Theorie zu Gunsten der Verweigerung ehelicher Pflicht und besonders zu Gunsten der erlittenen Criminalstrafen erlaubt hat, zugleich mit der unächten Wurzel abgeschnitten werden muß. Wir behalten dann nur den Ehebruch als einzigen biblischen Scheidungsgrund; ob aber dieser auch die Eingehung einer zweiten Ehe zulassen, ob es nicht vielmehr sicherer seyn würde, hierin zu dem System der katho-

---

[1]) Richter Lehrbuch des Kirchenrechts Bd. 2. § 269.

lischen Kirche zurückzukehren, das darf wohl noch nicht für ausgemacht gelten. [1])

c. Wenn die Zeit des 16. bis 18. Jahrhunderts erfinderisch in Analogieen und willkürlichen Scheidungsgründen war, welche die Prüfung nach dem neutestamentlichen Maaßstabe nicht aushalten, so liegt uns dagegen ob, in einer anderen folgenreichen Beziehung zu dem abhanden gekommenen Ernste der Vorzeit zurückzukehren. Der Desertionsproceß mit Edictalladung erklärte sich aus der factischen Unmöglichkeit, gegen einen entwichenen Ehegatten, dessen Aufenthalt unbekannt oder unerreichbar ist, ein anderes Präjudiz als das der Ehetrennung in Anwendung zu setzen. Wenn er aber im Bereiche der Gerichte verweilt oder man seiner habhaft werden kann, so ist die reale Rechtshülfe, weil möglich, auch die allein zulässige, welche ihn zur Fortsetzung der durch sein frevelhaftes Belieben unterbrochenen ehelichen Gemeinschaft nöthigt. Hierzu braucht auch keineswegs der gerichtliche Antrag des anderen Ehegatten abgewartet zu werden; vielmehr ist schon bei einer von beiden Theilen gewillkürten, aber der dadurch verhöhnten Heiligkeit der Ehe widerstreitenden Separation Grund und Pflicht zum officiellen Einschreiten durch die oberaufsehende Behörde und deren Organe gegeben. Die Religion wie die sittliche Natur der Ehe fordert unbedingt, daß Ehegatten so lange, bis sie etwa aus einem gültigen Grunde definitiv geschieden werden, auch äußerlich in körperlicher Gemeinschaft des Lebens verbunden bleiben; sie müssen, wie es oben S. 76 aus den älteren Kirchenordnungen nachgewiesen wurde, zunächst durch eindringliche Ermahnungen, und sofern diese nicht fruchten, auf polizeilichem Wege durch Zwang und Strafen dazu angestrengt

---

[1]) Für die Verweigerung der Einsegnung wenigstens in den Fällen, wo die Scheidung nicht aus einer in der Schrift anerkannten Ursache erfolgte, "haben sich in der neuesten Zeit manche Stimmen erhoben, welche eine künftige Gesetzgebung zu würdigen haben wird." Richter a. a. O. § 270.

werden. Schon das Institut der nur gerichtlich zu verstattenden Separation zu Tisch und Bett zeigt, daß der nämliche Effekt nicht auch durch Privatübereinkunft bezweckt werden darf; aber nichts ist gewisser, als daß ein solcher Mittelzustand zwischen wirklicher und geschiedener Ehe aus dem Worte Gottes keine Spur der Rechtfertigung aufzuweisen vermag, daß er mithin nur dann, wenn zum polizeilichen Schutze von Leben und Gesundheit sich durchaus kein anderer Ausweg bietet, als Nothstand tolerirt werden, nimmermehr aber ein derartiges thatsächliches Mißverhältniß ohne die genaueste Untersuchung und möglichst zu erschwerende Sanction zugelassen werden kann. Wenigstens ein Rest dieser Wahrheit hat sich noch in dem Preußischen Edict von 1782 erhalten, nach welchem der Richter auf Verlangen des verlassenen Theiles das gestörte eheliche Zusammenleben auf dem Wege der Rechtshülfe durch alle ihm zu Gebote stehende Zwangsmittel herstellen, und nur nach deren vergeblicher Erschöpfung die Handlungsweise des Abtrünnigen "einer böslichen Verlassung gleich geachtet werden soll." — Hiergegen ist es auch ein nichtssagender Einwand, daß der Staat durch Gesetze und äußere Zwangsanstalten uneinige und innerlich zerrüttete Ehen doch nicht in friedliche und harmonische zu verwandeln im Stande sey. Dieser triviale Satz, den unsere Vorfahren eben so gut begriffen haben werden, wie wir, trifft das Wesen eines christlichen Staates durchaus nicht. Denn ein solcher Staat ist die von Gott eingesetzte Anstalt, dazu bestimmt, die ihm unterworfenen Individuen durch äußere Zucht für das jenseitige Leben, das Himmelreich, eben so vorzubereiten und zu erziehen, wie die Kirche berufen ist, dies durch die innere Zucht, durch Lehre, Gebet und Ausübung der Sacramente zu bewirken. Der christliche Staat erkennt es allerdings an, daß auch das eheliche Verhältniß nur durch die Einwirkungen der Lehre und des Glaubens gründlich geheilt werden könne, aber er bekennt sich zu der Pflicht, diese Einwirkungen auch seinerseits dadurch zu unterstützen, daß er ihnen seinen weltlichen Arm leihet und ihnen durch Zwang,

Drohungen und Strafen, wie nur er sie zu verwenden hat, zu Hülfe kommt. Er bescheidet sich zwar auf das Innere der Individuen, weil ihm dieses unerreichbar ist, keinen directen Zwang ausüben zu können; das hindert ihn aber auch in anderen Verhältnissen nicht, wenigstens das äußere Leben zur Christlichkeit zu zwingen. Das Individuum muß getauft, muß confirmirt, bei Eingehung der Ehe vom Geistlichen eingesegnet werden, muß Sonntags das Arbeiten unterlassen und auf Verlangen die kirchlichen Aemter bekleiden, muß überhaupt bei Vermeidung von Zwangsmaaßregeln äußerlich den kirchlichen Geboten und Verboten nachleben. Es versteht sich daher von selbst, daß der Staat auch die christliche Führung der Ehe, wenigstens dem äußeren Verhalten nach, namentlich die cohabitatio in engerer und weiterer Bedeutung, mit aller Energie erzwingen, daß er sich dabei nicht auf kraftlose Vergleichsversuche beschränken, sondern den Kampf seiner Gewalt mit dem Trotze oder der Verstocktheit des Einzelnen siegreich bestehen muß. Wie er darauf hält, daß die Ehe den kirchlichen Satzungen gemäß begonnen wird, so darf es ihm auch nicht gleichgültig seyn, daß sie diesem Anfange entsprechend fortgeführt wird. [1])

d. Die Thatsache, daß bei uns nach der Reformation die Gerichtsbarkeit in Ehesachen dem Rathe zufiel, erklärt sich daraus, daß derselbe als summus Episcopus angesehen wurde und zugleich die gesammte Jurisdiction (geistliche wie weltliche) als ein Reservatrecht in sich vereinigte. Jedoch sollte schon nach den früheren Kirchenordnungen der Superintendent, und nach dem Entwurfe von 1709 das Ministerium dabei zugezogen werden. Seitdem hat der Rath bereits auf wichtige Zweige der Rechtspflege, namentlich auch auf die Consistorial-Jurisdiction in erster Instanz, zu Gunsten unabhängiger Gerichte verzichtet, und steht im Begriff, diese Ablösung vollständig zu vollziehen. Daß aber Ehesachen, wenn sie nach

---

[1]) Vergl. A. Karl die Aufgabe der Ehegesetzgebung in Preußen S. 34.

kirchlichen Grundsätzen verhandelt und beurtheilt werden sollen, nicht vor die ordentlichen Justizbehörden gewiesen werden sollten, wo sie bisher im bunten Gemisch mit Injurien-, Erbschafts- und Schuldklagen entschieden werden, ist schon deshalb einleuchtend, weil das Gerichtspersonal aus Lutheranern, Reformirten, Katholiken u. s. w. zusammengesetzt seyn, und füglich auch emancipirte Juden unter sich aufnehmen kann. Dem Vorhaben, den ehelichen Verhältnissen eine der heiligen Schrift und der christlichen Theologie gemäße Behandlung zu sichern, entspricht es allein, wenn die Beurtheilung solcher Streitigkeiten der Kirche, und einer in Hamburg unschwer zu organisirenden geistlichen Gerichtsbarkeit überlassen wird. Nur eine solche Behörde vermag aus derselben Quelle zu schöpfen, aus welcher die Gesetzgebung des christlichen Staates entspringen soll; sie allein gewährt die Garantie, daß ihre Aussprüche stets im Geiste dieser Gesetzgebung, der ja ihr eigener Geist ist, ausfallen werden. Außerdem erscheint dies als die natürliche Consequenz davon, daß von der Thätigkeit der Kirche die Schließung und Entstehung der Ehen abhängig ist. Wie soll der Staat dazu kommen, ein Werk zu zerstören, das er nicht gemacht hat; wie kann er lösen, was er nicht gebunden hat?

Ob wir ein nach den vorstehenden Grundzügen entworfenes Scheidungsgesetz demnächst zu erwarten haben? Nur so viel wissen wir: daß die christliche Kirche von einem sich christlich nennenden Staate ein solches Gesetz verlangen muß, sobald sie den Zeitpunkt dazu gekommen glaubt; daß sie mit der jetzigen halb christlichen, halb widerchristlichen Gesetzgebung und Praxis sich unmöglich befriedigt erklären kann. Unser dermaliger Zustand beruht auf einem System von principlosen gegenseitigen Concessionen. Nachgiebig ist man aber nur gegen eine gefürchtete Macht, nur wo es sich um die eigenen, nicht um anvertrauete Interessen handelt, nur aus Klugheit im Bewußtseyn der Schwäche. Die Kirche kann im Streite mit der weltlichen Staatsmacht, sofern diese sich ihrem Dienste entziehen will, nicht nachgiebig seyn, d. h. sie kann im Besitze

ihrer geistigen Macht keine äußere Gewalt als ebenbürtig anerkennen; wenn ihre Repräsentanten scheinbare Concessionen machen, so wird sie den Grundsatz der modernen Politik befolgen, von denselben bei der ersten günstigen Gelegenheit wieder einzulenken. Sie hat ein Recht, so zu verfahren, und die Pflicht, das zu thun, was wir nur bei weltlichen Machthabern ehrlos zu finden uns erlauben; denn Concessionen, die bei diesen nur als ein Zeichen von Schwäche und Feigheit erscheinen, wären von Seiten der Kirche, welche nicht das Ihre sucht, sondern die Gebote Gottes zu erfüllen hat, sündlich und gottlos. — Das Verfahren des Staates dagegen sind wir gewohnt, auch nach menschlicher Vernunft zu beurtheilen; wenn er die Ehe als eine wichtige, als eine für ihn selbst wie für jedes Individuum interessante Angelegenheit erfassen will, so hätte er diese Einsicht von vornherein dadurch zu bethätigen, daß er sie in seiner Gesetzgebung und Rechtsprechung von irgend einem klar erkannten und folgerichtig durchgeführten Grundsatze aus behandelt, abgesehen von der Frage, ob dieses Princip das christliche oder irgend ein anderes, in seinen Consequenzen dem widerstreitendes seyn mag.

Statt dessen hat unsere bisherige Praxis neben dem von ihr beibehaltenen Fundamente der protestantischen Kirchenlehre die Spuren von ganz heterogenen Grundanschauungen aufzuweisen. Das Aufkommen des, einem Prohibitivgesetze wie der art. 8. tit. 11. P. II. Stat. widerstreitenden Gewohnheitsrechtes setzt unstreitig die, wenn auch unklare, Einwirkung einer völlig anderen Ansicht voraus, als wovon die Legislation ausgegangen war. Daß die Zulassung der Ehescheidung wegen eines mit Freiheitsstrafe belegten Verbrechens dem Geiste des Christenthums nicht minder wie dem Buchstaben des Evangeliums widerstreite, ist unleugbar. Die Parallele mit der böslichen Verlassung ist nichts als eine gewaltsame Spielerei: denn der Dieb begeht kein Verbrechen gegen seinen Ehegatten, dem er in der Regel die Früchte seines Diebstahls zuwendet, er verletzt die Gesetze des Staats und der Moral, aber nicht die eheliche Treue. Die Zuchthausstrafe suspendirt

freilich das eheliche Zusammenleben, aber oft auf nicht längere Zeit als die Abwesenheit eines Seemannes oder Soldaten in seinem Berufe dauert; ihr fehlt gewöhnlich das wesentliche Merkmal der böslichen Verlassung, eine Entfernung auf ewige Zeit zu seyn. Ueberdies fehlt hier das entscheidende Moment der Willkürlichkeit, denn nur das begangene Verbrechen war willkürlich, die Strafe folgt ihm wider Willen des Bestraften mit rechtlicher Nothwendigkeit. Hier ist also vom christlichen Standpunkt für den zurückbleibenden Theil nur eine Schickung Gottes, nur das zufällige Unglück der leiblichen Trennung vorhanden, welches aber von dem Sträfling vielleicht eben so, vielleicht noch mehr betrauert wird, als von dem unschuldigen Ehegatten. Nach neueren Aussprüchen unserer Gerichte (vergl. oben S. 102) soll es hierbei auf die "vorkommenden Umstände" und "mehr auf die Natur des Verbrechens, als auf die längere oder kürzere Dauer der zuerkannten Freiheitsstrafe" ankommen. Ein im trunkenen Muthe verübtes Verbrechen soll kein Grund zur Ehescheidung seyn, wohl aber Mordversuch, wiederholte oder qualificirte Diebstähle und die wider einen entwichenen Falliten exequirte symbolische Ehrenstrafe. Unchristlich ist diese Distinction, weil die Sündhaftigkeit das ausnahmlose Erbübel aller Ehegenossen ist, und es ganz gleichgültig seyn muß, ob dieselbe sich in Thaten des Rausches, in Vergehen gegen die Fallitenordnung oder in Angriffe auf fremdes Eigenthum, oder ohne jede Uebertretung der Staatsgesetze manifestirt. Vielmehr ist hierbei der vermeintlich aufgeklärte, aber noch höchst unklare Maaßstab der Moralität und der bürgerlichen Ehrenhaftigkeit angelegt. Der offizielle Abscheu, welchen die bürgerliche Gesellschaft gegen einen Mörder, einen Gewohnheitsdieb oder einen ihrer Verfolgung unerreichbaren Falliten darlegt, soll auch der unbescholtenen Ehehälfte zu Gut kommen, indem sie aus solcher Veranlassung von einem auf Lebenszeit eingegangenen Bande freigesprochen wird. — Ferner ist an die Klausel zu erinnern, welche noch vor Kurzem in unseren Beweisinterlocuten stereotyp war: daß das Geständniß in

Eheprocessen nicht genüge, sondern noch einen Beweis "des öffentlichen Wohls wegen" oder "aus allgemeinen Rücksichten" erfordere. Dies stimmt zwar im Resultate mit der religiösen Vorstellung überein, nach welcher die Auflösung der Ehe nicht dem Belieben der Parteien preisgegeben seyn kann; dennoch finden wir statt einer Verweisung auf den göttlichen Befehl oder auf die Heiligkeit der christlichen Ehe nur ein unbestimmtes Staatsinteresse, eine nicht weiter definirte, lediglich politische Rücksicht als Motiv benutzt. — Endlich ist die auffallendste Wahrnehmung diese: daß der Staat sich im Eherecht auf die Gewährung oder Versagung der Scheidung reducirt, dagegen allem Anschein nach auf jede Nöthigung zur Vereinigung verzichtet hat. Wo das eheliche Zusammenleben einseitig aufgehoben war, da kennt man wohl noch gerichtliche mandata de revertendo, aber aus keiner anderen Veranlassung und unter keinem weiteren Präjudiz, als daß die im Voraus erwartete Nichtbefolgung zur Bestätigung dieser bereits anticipirten Scheidung führen soll. Wo eine Privattrennung nach freundschaftlicher Uebereinkunft nicht wegen des gefürchteten Aufsehens oder aus sonstigen Motiven unterbleibt, da hat ihre häufige und notorische Durchführung weder den Eingriff der Justiz, noch der Polizei zu besorgen; nur die Regulirung der Alimente oder die "Theilung des Hausstandes in Gegenwart eines Präturoffizianten" veranlaßt, falls ein solches Nebengeschäft nicht gütlich arrangirt werden kann, die Anrufung der Gerichte. Ein Erkenntniß auf persönliches Zusammenleben, oder gar dessen Execution, ist unerhört; auch müßte man, da es hierbei auf legale Gewalt gegen Personen ankommt, die Polizeibehörde requiriren, oder etwa durch Nachtwächterposten die Entfernung der Frau von ihrem Mann oder umgekehrt, wie den heimlichen Transport von inferirten Mobilien, aber perennirend und nicht nur an Stichtagen, zu verhindern suchen. Das Alles widerstreitet dem modernen Hamburgischen Bewußtseyn, im Interesse der individuellen Freiheit. — So aber ist neben einem elend scheinheiligen Wesen eine chaotische Verwirrung von Rücksichten

der Sittlichkeit, des Vertragrechts, der Politik und der Freiheit eingebürgert, und die neuerliche Einführung des Civilactes für gemischte Ehen hat die Rückkehr zu einem ehrlich-christlichen Staate noch unwahrscheinlicher gemacht. — Da auswärts ähnliche Verhältnisse obwalten, und da unsere Gesetzgeber bei einem unkritischen Eklekticismus sicherer als bei Durchführung origineller Ideen zu fahren glauben, so mögen hier die Hauptbestimmungen von drei neueren Legislationen, dem Preußischen Landrecht, dem Französischen Recht, und dem Preußischen Entwurf von 1844 vorgeführt werden.

Das Preußische Landrecht statuirt folgende Gründe der Ehescheidung: 1) Ehebruch, sowohl erwiesenen als präsumtiven, auch fortgesetzten Umgang mit einer verdächtigen Person, ungeachtet richterlichen Verbotes. Eine Frau, die sich des Ehebruchs schuldig gemacht hat, kann unter dem Vorwande, daß dem Manne ein gleiches Vergehen zur Last falle, der Scheidung nicht widersprechen. 2) Bösliche Verlassung. Jedoch ist die Frau dem Manne, der einen neuen Wohnort wählt, dahin zu folgen verbunden, ausgenommen wenn ihr diese Pflicht durch einen vor der Heirath geschlossenen Vertrag erlassen worden. In keinem Fall ist der Mann die Frau, welche sich eigenmächtig und ohne rechtmäßigen Grund von ihm getrennt hat, wenn sie in der Folge zurückkehrt, eher anzunehmen schuldig, als bis sie ihren inzwischen geführten unbescholtenen Wandel durch glaubhafte Zeugnisse nachgewiesen hat. 3) Halsstarrige und fortdauernde Versagung der ehelichen Pflicht soll der böslichen Verlassung gleich geachtet werden. 4) Unheilbare Impotenz, auch wenn sie erst während der Ehe entstanden ist, so wie andere unheilbare körperliche Gebrechen, welche Ekel und Abscheu erregen oder die Erfüllung der Zwecke des Ehestandes gänzlich verhindern. 5) Raserei und Wahnsinn, wenn sie über ein Jahr ohne wahrscheinliche Hoffnung der Besserung fortdauern. 6) Lebensnachstellungen, oder Thätlichkeiten, welche Leben oder Gesundheit in Gefahr setzen, auch grobe und widerrechtliche Kränkungen der Ehre oder der persönlichen Freiheit des anderen Ehegatten. Wegen

bloß mündlicher Beleidigungen oder geringerer Thätlichkeiten können nur Personen mittleren und höheren Standes, und auch diese nur bei muthwilliger Wiederholung geschieden werden. Unverträglichkeit und Zanksucht können zur Scheidung führen, wenn dadurch des unschuldigen Theiles Leben oder Gesundheit gefährdet wird. 7) Grobe Verbrechen gegen Andere, die mit Zuchthaus- oder Festungsstrafe gebüßt werden, oder wenn ein Ehegatte den andern solcher Verbrechen vor Gericht wissentlich falsch beschuldigt, wenn er ihn durch vorsätzliche Vergehen in Gefahr bringt, Leben, Ehre, Amt oder Gewerbe zu verlieren, oder wenn er ein schimpfliches Gewerbe ergreift. 8) Wegen Trunkenheit, Verschwendung oder unordentlicher Wirthschaft soll nur dann geschieden werden, wenn der Schuldige die vom Richter zu treffenden Verfügungen, wodurch er gebessert und den nachtheiligen Folgen seiner Lebensart vorgebeugt werden kann, vereitelt, und in seinen Unordnungen beharrlich fortfährt. 9) Beharrliche Verweigerung des Unterhaltes an die Frau, oder Mangel an Unterhalt, wenn der Mann durch begangene Verbrechen, Ausschweifungen oder unordentliche Wirthschaft sich außer Stand versetzt hat, sie zu ernähren. 10) Veränderung der bisherigen Religion, insoweit der Religionsunterschied ein Ehehinderniß ist. 11) Auf den Grund gegenseitiger Einwilligung können ganz kinderlose Ehen getrennt werden, sobald weder Leichtsinn oder Uebereilung noch heimlicher Zwang von einer oder der andern Seite zu besorgen ist. Außer diesem Fall findet, bloß wegen behaupteter Abneigung, sobald dieselbe mit keinen gesetzmäßigen Gründen unterstützt ist, die Trennung der Ehe in der Regel nicht Statt. Doch ist dem Richter erlaubt, in besonderen Fällen, wo nach dem Inhalte der Acten der Widerwille so heftig und tief eingewurzelt ist, daß zu einer Aussöhnung und zur Erreichung der Zwecke des Ehestandes gar keine Hoffnung mehr übrig bleibt, eine solche unglückliche Ehe zu trennen. [1]

---

[1]) Allg. Preuß. Landrecht Th. 2. tit. 1. § 668—718.

Der *Code civil*, dessen hier gemeinte Vorschriften jedoch in Frankreich selbst zur Zeit keine Geltung haben, [1]) läßt die Ehescheidung theils aus bestimmten Ursachen, theils nach gegenseitiger Einwilligung zu. Zur ersten Klasse gehören: 1) Ehebruch. Jedoch berechtigt der Ehebruch des Mannes die Frau zur Scheidungsklage nur dann, wenn er seine Concubine in der gemeinsamen Wohnung unterhält. 2) Excesse, Sävitien oder schwere Injurien eines Gatten gegen den anderen. 3) Verurtheilung zu einer infamirenden Strafe. — Die gerichtliche Scheidung nach consentement mutuel setzt die Beobachtung folgender Bedingungen und Formen voraus: Der Mann muß wenigstens 25, die Frau aber wenigstens 21 und höchstens 45 Jahre alt seyn. Die Ehe muß wenigstens 2, höchstens 20 Jahre gedauert haben. Beide Theile müssen in authentischen Urkunden die Einwilligung der Eltern oder der Großeltern in die Scheidung beibringen. Sie müssen mit zwei Notaren persönlich vor dem Gerichtsvorstande erscheinen, und dabei verschiedene Urkunden vorlegen. Dieselbe persönliche Erklärung muß wiederholt werden in der ersten Hälfte des vierten, des siebenten und des zehnten Monats, und es muß dabei jedesmal die wiederholte Einwilligung der Eltern oder Großeltern in authentischen Urkunden vorgelegt werden. In der ersten Hälfte des dreizehnten Monats müssen sie abermals persönlich erscheinen und wiederholt die Scheidung nachsuchen. Die Versäumniß jeder dieser Formen und Fristen macht alle bisherigen Einleitungen wirkungslos. Beide durch gegenseitige Einwilligung geschiedene Ehegatten müssen drei Jahre ehelos bleiben. Sind Kinder aus der geschiedenen Ehe vorhanden, so fällt die Hälfte des Vermögens beider Ehegatten auf die Kinder. [2])

Die Preußischen Entwürfe eines Gesetzes über Ehescheidung von 1842—44 sind, obgleich der Abschnitt über die Scheidungsgründe bisher nicht Gesetzeskraft erlangt hat, von

---

[1]) Seit dem Gesetze vom 8. Mai 1816. Art. I. "Le divorce est aboli."

[2]) Code civil art. 229—233. 275—294. 297. 305.

besonderem Interesse, auch durch die in Zeitungen und Brochüren darüber geführte lebhafte Discussion. [1]) Aus dem Entwurfe des Staatsraths vom April 1844 heben wir folgende Bestimmungen hervor: Aufgehoben werden als bisher vom allg. Landrecht zugelassenen Ehescheidungsgründe: gegenseitige Einwilligung, heftiger und tief eingewurzelter Widerwille, blos verdächtiger Umgang gegen gerichtlichen Befehl, es sey denn, daß daraus eine dringende Vermuthung des Ehebruchs zu entnehmen ist; ferner mangelnder Nachweis des unbescholtenen Wandels einer Frau, die sich von ihrem Mann entfernt hatte, so wie Impotenz und körperliche Gebrechen, welche erst während der Ehe entstanden sind. — Wegen Versagung der ehelichen Pflicht, Ehrenkränkungen, grober Verbrechen, unordentlicher Lebensart, Versagung des Unterhalts und lebens= oder gesundheitsgefährlicher Mißhandlungen soll nur dann auf Ehescheidung erkannt werden, wenn das Ehegericht nach der besonderen Beschaffenheit des vorliegenden Falles die Ueberzeugung gewinnt, daß durch die Schuld des verklagten Theiles die Ehe in nicht minderem Grade zerrüttet worden sey, als durch Ehebruch oder bösliche Verlassung geschehen seyn würde, wobei nicht nur auf die bezeichneten einzelnen Handlungen des verklagten Theiles, sondern auch auf sein Verhalten im Allgemeinen Rücksicht zu nehmen ist. Sonach würden als unbedingte Scheidungsgründe, außer Ehebruch und böslicher Verlassung, nur Raserei und Wahnsinn, Lebensnachstellungen und Religionsveränderung, die ein Ehehinderniß bildet, übrig bleiben. Raserei und Wahnsinn ist jedoch nur dann als Scheidungsgrund anzunehmen, wenn seit der Rechtskraft der Wahnsinnigkeits=Erklärung ein Jahr verflossen, und alsdann nach dem Gutachten zweier sachverständiger Aerzte

---

[1]) Vergl. besonders die halb officielle, von einem ausgezeichneten Juristen verfaßte, "Darstellung der in den Preußischen Gesetzen über die Ehescheidung unternommenen Reform. Berlin 1844." Ferner u. A. Fliegende Blätter für Fragen des Tages von G. F. Puchta. (1843.) Stimmen über das Ehescheidungsrecht. Berlin 1843.

die Raserei oder der Wahnsinn für unheilbar zu achten ist. — Der Ehescheidungsklage wegen böslicher Verlassung muß, wenn der Aufenthalt des angeblich abtrünnigen Theiles bekannt und erreichbar ist, der Versuch des Gerichts vorangehen, die Herstellung des ehelichen Lebens zu bewirken. Dieser Versuch besteht, auf Verlangen des verlassenen Ehegatten, in Requisition der Thätigkeit eines Geistlichen. Bleibt er fruchtlos, so hat das Gericht dem angeblich abtrünnigen Theile die Herstellung des ehelichen Zusammenlebens binnen einer bestimmten Frist anzubefehlen. Erst, wenn ein Jahr nach Ablauf dieser Frist verstrichen ist, ohne daß der Befehl befolgt worden, findet die Ehescheidungsklage statt, welcher aber ein nochmaliger geistlicher Sühneversuch vorangehen muß. Die Nichtbefolgung des gerichtlichen Befehls während des Jahres soll zur Ehescheidung nur dann hinreichen, wenn eine gründliche Ermittelung der Ursachen des ehelichen Zwistes die ernstliche Absicht des klagenden Theiles zur Fortsetzung der Ehe, und die hartnäckige Böswilligkeit des verklagten Theiles außer Zweifel setzt. Die letztere ist so lange nicht anzunehmen, als die Aufhebung des ehelichen Zusammenlebens, und die Weigerung, dasselbe wieder herzustellen, durch das Verschulden des klagenden Theiles oder durch andere Gründe nach dem Ermessen des Ehegerichts gerechtfertigt oder entschuldigt wird. — In Processen, welche nicht auf Ehebruch, bösliche Verlassung, Raserei oder Wahnsinn, grobe Verbrechen oder Lebensnachstellungen gegründet werden, soll nicht sofort auf Ehescheidung, sondern, wenn der Scheidungsgrund zulässig und hinlänglich festgestellt ist, zuvor auf ein- bis zweijährige Trennung von Tisch und Bett erkannt werden. Von solchen Urtheilen ist den Geistlichen Nachricht zu geben, damit sie während der Trennung die Sühne zu versuchen fortfahren können. Erst nach Ablauf der Trennungszeit, jedoch nur innerhalb der nächsten drei Monate, kann der klagende Theil auf das Ehescheidungs-Urtheil antragen, vor dessen Aussprechung jedoch das Ehegericht noch einen Sühneversuch mit Zuziehung des Geistlichen zu veranlassen hat. Rücksichten auf die Oeconomie

des klagenden Ehemannes und auf die voraussichtliche Erfolglosigkeit der Aussöhnungsversuche dürfen jedoch das Gericht bewegen, statt der zeitigen Trennung ausnahmsweise sofort auf Ehescheidung zu erkennen.

---

## § 8.

### Fortsetzung.

Das von uns zu vertretende System kann kein anderes seyn als dieses:

I. Scheidung nach gegenseitiger Uebereinkunft.
   1) mit gesetzlich bestimmten Fristen und Formen.
   2) unter leichteren Formen mit Genehmigung eines Familienrathes.

II. Scheidung auf einseitige Willenserklärung.
   1) mit gesetzlichen Fristen und Formen, welche hemmender sind als bei I. 1.
   2) unter leichteren Formen mit Genehmigung des Familienrathes.
   3) Scheidung nach gerichtlicher Constatirung eines gesetzlich bestimmten Grundes.

Unser Raisonnement kann nur dem Gebaren des heutigen oder künftigen Rechtsstaates gelten, welcher die religiöse Vorstellung als das wesentlich Innerlichste und Subjectivste den Individuen überläßt, und mit Verzicht auf das Prädicat eines specifisch christlichen oder polizeilich religiösen Staates sich begnügt, die vorhandenen oder neu sich bildenden Religionsgenossenschaften als juristische Personen, beziehungsweise mit Corporationsrechten, zu schützen und zu respectiren. Das in einem solchen Staate durch Gesetzgebung und Rechtsprechung geltende Recht ist theils das autonomische der Privaten oder das auf Gewohnheit fußende, dem er seinen Rechtsschutz gewährt, theils Beschränkung der individuellen Freiheit zu

Gunsten der Erhaltung des Staates und des allgemeinen Wohles. Die zu stellende Frage lautet hier: wie weit darf und muß der Staat die persönliche Willkür in Aufhebung eingegangener Ehen beschränken? Die dabei, abgesehen von positiven Religionslehren betheiligten, und entweder zu versöhnenden oder gegen einander abzuwägenden Mächte sind: Staatswohl, Sittlichkeit, Sitte, Rechtsschutz, individuelle Freiheit.

Die Ehe gehört zu den wesentlichen Grundlagen des Staatslebens; mit der Ordnung in den Familien, mit ihrer Stabilität und ihrem Wohle hängt die Ordnung, Stabilität und das Wohl des Staates unzertrennlich zusammen. Wenn dieser Satz eben so absolut anzuwenden wäre, als er in solcher Unbestimmtheit unbestreitbar ist, so müßte der Staat jeden ihm Angehörigen zum Ehestande zwingen, um durch dessen Familienwohl zugleich sein eigenes zu befördern; er müßte aus politischen Gründen jede Ehe unbedingt für unauflöslich erklären, um seine Stabilität wenigstens von dieser Seite zu sichern, und man müßte voraussetzen, daß mit völliger Freigebung der Ehescheidung die staatliche Ordnung, sammt derjenigen in den Familien ohne Weiteres zusammenstürzte. Letzteres ist schon durch die Erfahrung solcher Staaten widerlegt, welche, wie der Römische und Jüdische Staat, zuletzt aus ganz anderen Gründen untergegangen sind, als weil sie während ihrer Blüthe den Grundsatz der Freiheit in der Ehescheidung befolgt haben. Die Schließung der Ehe wird wohl aus Politik an erschwerende Bedingungen geknüpft, aber nirgend werden die Individuen zu ihrer Eingehung vom Staate gezwungen. Eben so ist zwar in katholischen Ländern die Ehe aus religiösen Gründen in der That unauflöslich, aber Niemand behauptet, daß solche Staaten überhaupt oder um deswillen stabiler organisirt seyen, als diejenigen mit einer protestantischen oder gemischten Bevölkerung, bei welchen die Ehescheidung nichts Unerhörtes ist. Wer wird den Beweis unternehmen, daß z. B. der Preußische Staat deshalb auf weniger fester Grundlage als die kleineren und kleinsten deut-

schen Staaten ruhe, weil dort nach dem allg. Landrecht die Scheidung weit weniger erschwert ist als hier? Der wirkliche Zusammenhang muß also ein nicht unbedingt auf diesem Wege zu beherrschender seyn. Je größer die relative Zahl der wohlgeordneten und in sich friedlichen Familien, der glücklichen und in lebenslänglicher Dauer befriedigten Ehen in einem Gemeinwesen, um so besser wird es auch mit dem Staate selbst bestellt seyn, dessen Elemente sie bilden. Der Staat kann jedoch dieses Resultat, so wichtig es ihm seyn mag, nicht unmittelbar erzielen; ob und wie er die Prämissen dazu durch ein Ehescheidungsgesetz voraussichtlich erschweren oder befördern könne, das ist erst die hier aufzuwerfende Frage.

Gleichfalls ist es unbestrittene Wahrheit, daß, da der Einzelne nur als Mitglied eines geordneten Ganzen seine Bestimmung zu erfüllen und sein Wohlseyn dauernd zu sichern vermag, eine für Alle gleiche Beschränkung der persönlichen Freiheit durch das Staatsinteresse möglicher Weise gerechtfertigt werden kann. Da aber andererseits der Schutz der individuellen Freiheit gegen Beeinträchtigungen, sowohl durch einzelne Andere, wie auch von Seiten Aller, als die wichtigste Aufgabe, wenigstens des heutigen Rechtsstaates in der Theorie anerkannt wird, so dürfen jene gesetzlichen Beschränkungen das Maaß des Unerläßlichen nicht überschreiten; jede derselben muß sich durch die Nachweisung ihrer Nothwendigkeit zu Recht legitimiren, weil das Staatswohl, sey es ein wirkliches oder nur vorgebliches, hier begriffsmäßig immer in directe Collision mit der abstracten, an sich unbegränzten Freiheit tritt. Jener Nachweis kann hinsichtlich eines wichtigen Punktes, des Zwanges zur Fortsetzung eines, dem Wesen der Ehe entsprechenden, wenigstens äußeren Zusammenlebens, erfahrungsmäßig nicht mehr gelingen. Hier nämlich hat die persönliche Willkür bereits einen wenig beachteten, aber folgenreichen Sieg thatsächlich erlangt. Wenn wir oben (§ 7) bemerkten, daß der christliche Staat ihr in dieser Beziehung entgegentreten und zu der früheren Erzwingung der cohabi-

talio zurückkehren müsse, so ist dagegen für den Rechtsstaat mit aller Entschiedenheit die Thatsache geltend zu machen, daß er zur consequenten und allgemeinen Durchführung jener Nöthigung, weder durch directe Zwangsmittel, noch durch gesetzliche Strafdrohungen, schwerlich die Macht, auf keinen Fall aber das Recht aufweisen kann, aus dem einfachen Grunde, weil er unzerrüttet und sogar ohne sichtliche Gefahr trotz aller in getrennter Menage lebenden Ehepaare bestanden hat und fortbesteht. Was bleiben ihm, nach dieser zu tolerirenden Usurpation des persönlichen Beliebens, noch für Mittel übrig gegen Eheleute, die ihrem Willen, sich zu separiren, durch die That ungehinderten Nachdruck verleihen dürfen? Kein anderes, als daß er dem ungeachtet die von ihm geschaffenen anderweiten Folgen der Ehe als rechtliche Wirkungen fortbestehen läßt, und die legale Lösung des formellen Bandes verweigert. In dieser Begränzung haben wir demnach die Rechtfertigung einer erzwungenen Fortdauer der Ehe aus etwaigen Motiven des Staatswohls zu prüfen.

Die Gesetzgebung kann, indem sie die persönliche Freiheit mit einer Schranke umgibt, auf doppelte Weise wirken: theils direct, durch Realisirung ihrer Gebote und Verbote in jedem vorkommenden Fall, theils psychologisch durch die Vorstellung in den eventuell Betheiligten von der Unerreichbarkeit des gewünschten Zieles. Ersteres anlangend, verweigert der Staat solchen Ehegatten, die sich innerlich und nach Belieben auch äußerlich schon völlig entfremdet sind, durch Aufrechthaltung des formellen Bandes die anderweite Verheirathung, d. h. er macht durch die zwangsweise Fortdauer einer Scheinehe die Eingehung von einer oder vielleicht zwei wahren und glücklichen Ehen unmöglich, deren möglichst große Zahl er doch im wohlverstandenen eigenen Interesse befördern sollte. Er schafft mittelst des Grundsatzes pater quem nuptiae demonstrant eine fingirte Vaterschaft zu den von der Frau im (nur nicht durch Zeugen zu erweisenden) Ehebruch erzeugten Kindern, deren natürlicher Vater nach Lösung dieser Ehe auch ihr ehelicher seyn könnte, oder er macht die unehelichen Kinder

des Ehemannes zu vaterlosen Waisen, wegen der Unmöglichkeit, sich mit deren Mutter bürgerlich zu verbinden. Er läßt die Frau noch am Range und Stande des Mannes Theil nehmen, obgleich sie sich dessen unwürdig gemacht hat oder in einer anderen Ehe zugleich einen für sie passenderen Stand finden könnte. Er läßt Vermögensverhältnisse, die von seinen Gesetzen auf ein friedliches Beisammenleben und einträchtiges Zusammenwirken der Eheleute berechnet sind, fortbestehen, unbekümmert um den Eintritt ganz entgegengesetzter Verhältnisse, hemmt also in so weit den Nationalwohlstand und bewirkt den öconomischen Ruin solcher Familien. Durch das Alles schadet er, anstatt sein eigenes Interesse wahrzunehmen, demselben positiv, handelt also verkehrt und unverständig. Er verdirbt überdies die für ihn selbst wichtige gute Sitte, indem durch seine Schuld die bürgerliche Gesellschaft sich gewöhnen muß, eine nicht geringe Zahl von nur in der Form noch bestehenden, äußerlich wie innerlich aufgelös'ten und zerfallenen, zu allgemeinem Aergerniß gereichenden Ehen unter sich zu dulden.

Allerdings, wird man sagen, wirkt der Staat in solchen Fällen durch das Verbot der Scheidung nicht direct für sein Interesse, wohl aber indirect durch die von seinem Gesetze erzeugte allgemeine Vorstellung, daß das subjective Belieben seine Schranke in der höheren zwingenden Macht des Staates finde. Ohne die Realität einer solchen würden die ungezügelten Folgen des Leichtsinns, der Laune, der grundlosen Unverträglichkeit offen hervortreten, und die Scheidung auch aus den nichtigsten und vergänglichsten Motiven alltäglich werden. — Letzteres dürfte jedoch in irgend erheblicher Ausdehnung nicht zu besorgen seyn, da die Institution der Ehe, welche der Staat erfunden zu haben sich nicht rühmen kann, vielmehr wahrhaft humanen Ursprunges ist, und in ihrer concreten Stätigkeit durch die höheren Factoren der Religion, des moralischen Ernstes und der allgemeinen Sitte erhalten wird, so weit dies überhaupt möglich und zu wünschen ist. Wenn der Staat sie auf seinem Gebiete der juri-

stischen Wirkungen zu einer unbeugsamen Fessel stempeln mögte, so kann er doch nicht verhindern, daß wenigstens bis auf den Punkt, wo seine vorhin bezeichneten positiven Satzungen eintreten, das subjective Belieben walte, welchem er entgegentreten will, also, daß in Ermangelung eines anderen Ausweges die Würde der Institution durch willkürliche Separation oder noch schlimmere Früchte von Leichtsinn und Unmuth vernichtet werde, daß frivole Naturen das sie drückende Joch nicht als eine vernünftige Macht ehren, sondern nur als ein blindes Verhängniß scheuen, mit welchem als einer verhaßten Calamität man sich so weit irgend möglich abzufinden suchen müsse. Das Mittel kann daher seinen Zweck wenigstens nicht vollständig erreichen. Es greift aber zugleich weit über diesen Zweck hinaus, indem es der juristischen Form und Fiction nach auch solche Ehen zusammenhält, die aus ganz anderen Gründen als aus Laune oder vorübergehender Aufwallung eine unheilbare Qual für einen oder beide Gatten geworden sind (z. B. weil ein von allen Gesetzen anerkannter Scheidungsgrund zwar vollständig vorhanden, aber nur nicht gerichtlich zu erweisen ist). Es zerstört also mit evidenter Ungerechtigkeit das ganze Lebensglück auch für ernste und edle Naturen, nur damit andere minder achtbare vorkommenden Falles verhindert werden, ihrem Leichtsinn oder ihrer Veränderlichkeit den Zügel schießen zu lassen. Wenn der Staat dabei interessirt zu seyn erklärt, daß keine einzelne Ehe einem momentanen Einfall zu Gefallen gelöset werde, wenn er, sey es auch nur aus Vorsicht, den Ausbrüchen eines raschen unbesonnenen Gelüstes die Anerkennung im Voraus verweigern will, so kann man dies deshalb gelten lassen, weil schon ein entferntes oder nur mögliches allgemeines Interesse dem unverständigen Wankelmuth des Einzelnen gegenüber sich geltend zu machen befugt ist. Dies beweist indessen durchaus nichts gegen die Wirksamkeit eines wohlüberlegten, mit Ernst und innerem Kampfe gefaßten, mit beharrlicher Consequenz festgehaltenen Entschlusses über eines der wichtigsten Lebensverhältnisse. Hier müßte die

sich aufdrängende Wirklichkeit dem nur entfernt Möglichen voranstehen, und die atomistisch winzige Gefährdung des allgemeinen Wohles der Freiheit des Einzelnen weichen, womit er sich aus einem für ihn unleidlich gewordenen Unglück erlöset. — Endlich wird der etwaige Vortheil einer solchen, den Knoten durchschneidenden Maaßregel durch die vorhin angeführten, davon unzertrennlichen positiven Nachtheile in seinem Gesammtresultate für den Staat entweder überwogen oder doch erheblich geschmälert. Soll also das unverkennbar wahre und richtige Element dieser Politik auf sein gebührendes Maaß reducirt und ihm zugleich möglichst vollständige Wirksamkeit gesichert werden, so darf die Freiheit in der Scheidung nur durch solche practische Vorschriften beschränkt werden, welche ein genügendes Gegengewicht wider den Einfluß von Leichtfertigkeit, Unbedachtsamkeit und grundloser Veränderlichkeit zu bilden geeignet sind. Bevor wir jedoch auf solche Maaßregeln übergehen, ist zugleich die Stimme der anderen hier eingreifenden Mächte zu vernehmen.

Der große Philosoph, dessen Darstellung der Ehe von dem größten Rechtsgelehrten als eine "nicht genug zu lobende" bezeichnet wird, [1]) thut den Ausspruch: "Weil die Ehe das Moment der Empfindung enthält, ist sie nicht absolut, sondern schwankend, und hat die Möglichkeit der Auflösung in sich. Aber die Gesetzgebungen müssen diese Möglichkeit aufs Höchste erschweren, und das Recht der Sittlichkeit gegen das Belieben aufrecht erhalten." [2]) Wir erfahren hierdurch nur, was wir ohnehin vermuthen: daß die Gesetzgebung von dem allgemeinen, aber inhaltleeren Satze ausgehen soll, die unbegränzte Willkür zu regeln, ohne jedoch die Scheidung ganz unmöglich zu machen. Die Beantwortung der Frage aber, wie weit die verlangte Erschwerung gehen und worin sie bestehen müsse,

---

[1]) Savigny System des Röm. Rechts Bd. 3. S. 321.

[2]) Hegel Rechtsphilosophie § 163.

ist gerade das Thema für die Legislation, wobei von Hegel die Nothwendigkeit der völligen Congruenz von Sittlichkeit und Zwangsgesetz in diesem Punkte vorausgesetzt, aber nicht erwiesen wird.

Gleichwohl muß die eigene Meinung an den Sätzen dieses tiefen Denkers geprüft werden. Das Sittliche der Ehe, sagt Hegel, besteht in dem Bewußtseyn der geistigen Einheit beider durch sie verbundenen Personen, der daraus folgenden Liebe, dem Zutrauen und der Gemeinsamkeit der ganzen individuellen Existenz, wodurch das geistige Band als das über die Zufälligkeiten der Leidenschaften und des zeitlichen besonderen Beliebens erhabene sich herausstellt. Sie ist an sich für unauflöslich zu achten, denn der Zweck der Ehe ist der sittliche, der so hoch steht, daß alles Andere dagegen gewaltlos und ihm unterworfen erscheint; sie soll nicht durch Leidenschaft gestört werden, denn diese ist ihr untergeordnet. Verwerflich ist die Vorstellung, welche die Ehe nur in die Liebe setzt, denn die Liebe, welche Empfindung ist, läßt die Zufälligkeit in jeder Rücksicht zu, eine Gestalt, welche das Sittliche nicht haben darf. Die Ehe ist daher näher als die rechtlich-sittliche Liebe zu bestimmen, wodurch das Vergängliche, Launenhafte und blos Subjective derselben aus ihr verschwindet. (§ 161—163.) — Bis so weit ist diese Theorie nicht neu, und nicht anzufechten. Im Widerspruch damit steht aber die Behauptung: "Weil die Ehe nur auf der subjectiven zufälligen Empfindung beruhet, so kann sie geschieden werden." (§ 176.) Es genügt vielmehr, daß sie die Möglichkeit der Auflösung in sich hat, weil sie das Moment der Empfindung enthält (§ 163), sofern dieses Moment nicht als ein unwesentliches ignorirt werden darf. Hiervon scheint freilich Hegel nicht weit entfernt, wenn er als den sittlicheren Ausgangspunkt bezeichnet, daß der Entschluß, in den Stand der Ehe zu treten, oder die Veranstaltung der wohlgesinnten Eltern den Anfang macht, und in den zur Liebe für einander bestimmt werdenden Personen hieraus, daß sie sich als hierzu bestimmt bekannt werden, die Neigung als Folge entsteht,

anstatt in ihnen als Partikularisirten **zuerst** zu erscheinen. Man kann diese Frage dahin gestellt lassen, da **Hegel** selbst einräumt: „Das Recht der Besonderheit des Subjects, sich befriedigt zu finden, oder, was dasselbe ist, das Recht der subjectiven Freiheit macht den Wende= und Mittelpunkt in dem Unterschiede des Alterthums und der modernen Zeit. Dies Recht in seiner Unendlichkeit ist im Christenthum aus= gesprochen und zum allgemeinen wirklichen Princip einer neuen Form der Welt gemacht worden. Zu dessen näheren Gestal= tungen gehören die Liebe ꝛc. ꝛc." (§ 124.)

Da die Ehe als Form der objectiven Sittlichkeit ihre Wirklichkeit in der Innigkeit der subjectiven Gesinnung und Empfindung hat, so hört sie mit dem Fehlen oder Wegfallen dieser Gesinnung und Empfindung begriffsmäßig auf, der sittlichen Idee zu entsprechen. Ein solches Cessiren ist wegen Unwillkürlichkeit der Empfindung etwas Thatsächliches, also Zufälliges, und dem Belieben nicht unterworfen. Sofern also der Staat sich in seinen Gesetzen nicht mit der sittlichen Idee in Opposition setzen will, muß er in jedem solchen Falle die Trennung der Ehe zulassen. Ueber die Existenz jener Voraussetzung ist, als über eine rein innerliche Erfahrung, keine besondere Untersuchung möglich; sie kann nur durch die **Erklärung** des oder der Ehegatten constatirt werden, und ist daraus auch mit Sicherheit zu entnehmen, weil Niemand ein Interesse hat, dieselbe von sich wider besseres Wissen ab= zulegen. Es bedarf demnach hierzu keiner speciellen, vom Staate verordneten, „sittlichen Autorität"; am wenigsten könnte dazu, wie **Hegel** will, die Kirche oder das Gericht von ihm delegirt werden, denn die Kirche ist eine positiv religiöse Autorität, das Gericht eine positiv rechtliche. Wenn der Staat, wie wir fordern, jener Erklärung Folge gibt, so braucht er sich nicht mit dem **Hegel**'schen Satze: „die Ehe **soll** allerdings unauflöslich seyn, aber es bleibt hier auch nur beim **Sollen**", zu entschuldigen (er könnte ja das Ge= sollte nur erzwingen!) und nicht zu besorgen, daß er sich einer Concession an die Unsittlichkeit dadurch schuldig macht.

Wenn freilich die Identität der Wirklichkeit mit dem sittlichen Ideal der Zweck der Gesetze des Staates wäre, so müßte jede einigermaßen lieblose Ehe von ihm ex officio getrennt werden. Daß dies von Niemand verlangt wird, erklärt sich aus der durchschnittlichen Realität auch der subjectiven Sittlichkeit im Gegensatz des objectiven Ideales von Staat und Ehe.

Diese besteht in dem pflichtmäßigen, d. h. einem solchen Verhalten der Individuen, welches geeignet ist, die Idee eines sittlichen Verhältnisses durch sie, wenn nicht vollkommen, wie in der Abstraction, doch annähernd zur Erscheinung zu bringen. [1]) Wenn die Liebe aus einer ehelichen Verbindung verschwunden ist, oder sich in einer auf dem von Hegel gerühmten Wege veranstalteten wider sein Erwarten nicht zeigen will, so kann durch Bewährung sittlichen Ernstes noch ein rein humanes Verhältniß, ein auf Achtung, freundschaftlicher Theilnahme und dem Streben, das Glück des Anderen zu fördern, beruhendes, begründet oder erhalten werden; oder die Verstandes-Reflexion läßt wegen des Wohles der Kinder, aus Rücksichten der Versorgung oder aus einem anderen wichtigen Interesse das leidliche Beisammenleben noch einer anderen Ehe oder gar keiner vorziehen. Solche Ehen bestehen alltäglich lebenslang, und kein Dritter darf sie verurtheilen. Denn nur der Haß ist ein Product der Selbstsucht; zwischen ihm und der intensiven Liebe liegt aber das leidenschaftlose Gebiet der Selbsterziehung in Humanität, zunächst gegen die Nächsten, und in Resignation auf eigene Wünsche. Das Wesen der Sittlichkeit, abgesehen von dem speciellen Inhalt der verschiedenen Pflichten, liegt hier in der Festigkeit,

---

[1]) "Es ist leicht, aber unfruchtbar, sich ein solches Verhältniß so zu idealisiren, als müsse es in ununterbrochener Uebereinstimmung der Gesinnungen und Neigungen, also in steter ungetrübter Zufriedenheit bestehen" — sagt der Verfasser der Darstellung der in Preußen unternommenen Ehescheidungs-Gesetzreform S. 13, und bauet darauf seine Distinction von gesunden oder rechtschaffenen und krankhaften Ehen.

die Folgen der eigenen Handlungen über sich zu nehmen, und in der Energie, womit die Schwierigkeiten bei Ausführung der gefaßten Entschlüsse durch Anstrengung überwunden werden. Diese Forderungen treten in der Ehe hervor, deren specifischer Charakter grade in der zugesicherten Treue, als einer unermüdeten Sorge für das Wohl (geistige wie leibliche, je nach der Fähigkeit und Empfänglichkeit) des Gatten zu finden ist. Die Bedingung des sittlichen Werthes solcher Treue ist die Freiheit, womit der Entschluß, sie zu üben, nicht allein gefaßt, sondern eben so die Ausführung desselben fortgesetzt wird. Begränzt wird sie theils durch die Endlichkeit der individuellen Kraft und Festigkeit, Treue ohne die unterstützende Liebe, deshalb mit Erhaltung der eigenen Persönlichkeit (deren völlige Hingebung nur durch Liebe erklärt und gerechtfertigt ist) für immer zu bewahren, theils durch die im Begriff der Ehe enthaltene Gegenseitigkeit, indem mit deren definitiver Verweigerung der Willen, einem unerreichbaren Ziele nachzustreben, aufhört vernünftig zu seyn. Positiv unsittlich ist jede willkürliche Anstalt, wodurch auch jenseits dieser Gränze noch ein Band aufrecht erhalten werden sollte, welchem durch den äußeren Zwang der sittliche Werth, durch die Zwecklosigkeit die Vernünftigkeit fehlt, und durch dessen Fortbestehen die Persönlichkeit vernichtet werden muß. Das sittliche Forum für diese Entscheidung kann aber in letzter Instanz kein Anderes, als das Urtheil des Individuums selbst seyn, da zu einem ihm widersprechenden Ausspruch Niemand sich zu legitimiren vermag.

Wenn hiermit die einseitige Willkür in der Ehescheidung vertheidigt zu seyn scheint, so muß sich dies unter Voraussetzung des sittlichen Ernstes, durch welchen die volle, dem Betheiligten inwohnende Kraft und Festigkeit ohne genügenden Erfolg aufgeboten wurde, in der That so verhalten. Denn der Staat darf nichts Unsittliches gebieten, und daß sein wahres Interesse dabei außer Frage bleibt, hoffen wir oben ausgeführt zu haben. Der Staat enthält aber auch zahlreiche Subjecte, deren sittliche Energie zu wenig entwickelt und

gestählt ist, als daß man ihrer momentanen Versicherung die volle Bedeutung einer unwiderruflichen Entscheidung beizulegen veranlaßt wäre. Nur folgt die Befugniß des Staates, hierbei Hemmungen und Aufschub zu bereiten, nicht aus einem vermeintlichen Berufe, seine Bürger zur inneren Sittlichkeit zu zwingen, oder über das concrete Maaß der letzteren zu judiciren, sondern sie findet Maaß und Ziel, in seinem Interesse die persönliche Freiheit so weit zu beschränken, daß Ehetrennungen nicht durch Muthwillen und Charakterschwäche allzu häufig werden mögen. Diese Erschwerung darf auch nicht etwa den Gang nehmen, daß nur eine bestimmte Zahl von Ehen aus ganz zufälligen Veranlassungen getrennt, allen übrigen die Trennung verweigert würde, vielmehr muß ihr Maaßstab der Natur der Ehe als eines sittlichen Verhältnisses adäquat seyn. Wer aber einmal seinen Vorsatz lebenslänglicher Treue in der Form des Gelübdes ausgesprochen hat, der kann sich nicht hinterher auf ein vermeintliches Sittengesetz berufen, aus Wankelmuth und bloßer Frivolität sich von demjenigen Grade von Selbstbeherrschung und Stätigkeit dispensiren zu dürfen, dessen er selbst seine Natur für fähig halten muß. Wer unter öffentlicher Autorität eine Familie mit dem freien Bewußtseyn von der Bedeutung dieses bindenden Actes zu gründen unternahm, würde sich selbst widersprechen, wenn er sich leichten Kaufes von der nachhaltigen Ernstlichkeit eines solchen Entschlusses loszusagen prätendirte. Weil es jedoch bei der unendlichen Varietät der Naturen unmöglich ist, jeden einzelnen Fall auf die ihm gemäße Weise zu behandeln, so muß die Gesetzgebung nach einer Durchschnittsnorm eine Prüfung für die Entschiedenheit und Ausdauer (als die formellen Postulate der subjectiven Sittlichkeit) veranstalten; sie darf die Ueberwindung der Selbstsucht und moralischen Schwäche dadurch erleichtern, daß sie die Erfüllung des dadurch genährten Verlangens mit äußeren psychologisch angemessenen Schwierigkeiten umgibt, aber sie darf diese Erfüllung nicht unbedingt ausschließen, sondern muß dieselbe Demjenigen gewähren, der durch beharrliche Besiegung

solcher Hindernisse den Gegenbeweis gegen den Verdacht von Leichtfertigkeit und Veränderlichkeit geliefert hat. — Hiermit stimmt der, auch von Hegel citirte biblische Ausdruck überein, daß die Scheidung um des Herzens Härtigkeit zuzugestehen sey. Denn wenn einmal das sittliche Ideal nicht die unbedingte Norm für die Beurtheilung solcher Verhältnisse liefern kann, so ist dann die Weichherzigkeit gegen sich selbst, die Nachgiebigkeit gegen Schwäche, Affecte und mit eigener Kraft zu besiegende Leidenschaft das Verwerfliche, was auf keine Beachtung Anspruch hat; anders die erprobte Willensstärke und Consequenz, welche die präsumtive oder doch einzig mögliche Bürgschaft für einen vorangegangenen Kampf liefert, aus welchem nichts als die Persönlichkeit selbst zu retten war.

Sonach stimmen Moral und Politik darin zusammen, daß jene das Nämliche zuläßt, was das Staatsinteresse in Wahrheit fordern kann, daß aber eine gänzliche Versagung der individuellen Freiheit in diesem Punkte nicht allein als durch die Politik nicht zu rechtfertigen, sondern auch als unsittlich zurückgewiesen werden müßte. Hiermit ist die Nothwendigkeit der Gestattung einer Scheidung nach gegenseitiger Uebereinkunft im Princip entschieden. Denn nur die einseitige Scheidung ohne Genehmigung des anderen Theiles ist es, worauf der jetzt zu prüfende Gesichtspunkt des Vertragsrechtes influiren könnte.

Im Privatverkehr schafft sich der Einzelne sein Recht selbst, indem er sich Verpflichtungen gegen Andere auferlegt, oder von Anderen gegen sich übernehmen läßt, und vom Staate erwartet, daß dieser zur Anerkennung solcher Verbindlichkeiten seinen Zwang leihe. Wie weit ist aber der Staat im Stande, in Betreff des ehelichen Verhältnisses [1])

---

[1]) Es ist nur ein Wortstreit, wenn man die Ehe statt eines Vertragsverhältnisses lieber einen Bund nennen will, weil sie auf das ganze Leben eingegangen werde, denn auch der Abschluß eines

einer solchen Erwartung zu entsprechen? Er vermögte auf diesem Gebiet nach modernen Begriffen nur die Erfüllung von pecuniären Prästationen zu erzwingen, und eben diese treten nicht während äußerlichen Bestehens der Ehe hervor, sondern entstehen nur etwa mit Regulirung einer ihrer Natur widersprechenden Separation. Im Uebrigen ist er unfähig, oder hat darauf verzichtet, die Erfüllung der ehelichen Pflichten in weiterer, wie in engster Bedeutung durch seine Zwangsmittel herbeizuführen. Eben so wenig ist ein zu evaluirender Ersatz für derartige Rechtsverletzungen denkbar, da dieselben ihrer Natur nach kein Surrogat und keine Schätzung zulassen; nicht einmal eine sichernde Garantie gegen ihre Wiederholung in der Zukunft kann vom Staate verschafft werden, ohne das Innere des Familienlebens zu zerstören. Schon hiernach ist aus Rechtsgründen nicht zu deduciren, daß der in ihren rechtmäßigen Erwartungen von ehelichem Glück und Frieden getäuschten Parthei auch das Einzige versagt werden müsse, was sie gegen die endlose Fortdauer eines solchen Zustandes schützen kann, d. h. die Trennung des ihn begründenden Bandes, denn auch in anderen zweiseitigen Vertragsverhältnissen besteht das die Stelle einer nicht erzwingbaren Erfüllung vertretende Interesse jedenfalls in der Sanction des Rücktritts für den Verletzten. — Ist aber der Staat unbedingt verpflichtet, jeden aus der von einem Dritten übernommenen Obliegenheit erwachsenen Anspruch als einen rechtmäßigen zu respectiren und durch seine Anstalten zu schützen? Er darf seinen Arm nicht zur Aufrechthaltung einer, der Moral widerstreitenden, Verbindlichkeit leihen, z. B. nicht, wenn ein Zahlungsversprechen unter dem Präjudiz des Einlagers ertheilt, eine Verabredung, den dolus nicht zu prästiren, getroffen war; er darf nichts zulassen, geschweige erzwingen wollen, was der Privatwillkür deshalb entzogen

---

Bündnisses kann nur durch Vertrag erfolgen. Ueber die Vertragsnatur der Ehe s. Hasse Güterrecht der Ehegatten § 31. Savigny System Bd. 3. S. 317—321.

bleibt, weil es die Sittlichkeit verbietet. So wird auch Niemand den bei Eingehung der Ehe dahin geschlossenen Nebenvertrag für rechtsverbindlich erklären, daß einem der beiden Gatten der Ehebruch freigelassen seyn solle. Nicht minder unmoralisch wäre aber der Verzicht auf jede, von der Sittlichkeit nicht etwa nur zugelassene, sondern gebotene Möglichkeit, einem die Persönlichkeit zwangsweise vernichtenden Verhältnisse zu entrinnen. Die Natur der Ehe fordert den Vorsatz, mit ihr eine Verbindung nicht auf bestimmte Jahre, sondern auf die ganze Lebensdauer einzugehen, aber unsittlich ist jede äußere Zwangsanstalt, durch welche Jemand für eine unabsehbare Zukunft zu ungeahnten, die eigene Ehre und Würde gefährdenden Erfahrungen wegen jenes anfänglich freien Vorsatzes gefesselt seyn soll. — Dieser Grundansicht ist auch, ungeachtet der späteren Bestrafung grundloser Scheidungen, das Römische Recht treu geblieben: es erklärt, zur Ausdauer in einem Mietheverhältnisse möge man gezwungen werden, aber dem Wesen des ehelichen Verhältnisses sey jeder Zwang schlechthin zuwider; jede Nöthigung, in einer Ehe wider den eigenen Willen zu verharren, verwirft es als unsittlich.[1] In neuerer Zeit ist diese Ansicht bereits in der verwandten Frage nach den Rechtswirkungen des Verlöbnisses wieder zur Geltung gekommen, indem man von den früher üblichen Zwangscopulationen abstrahirt hat. Allerdings ist es wohlgethan, in der Ehe auch dann, wenn die Gesetzgebung deren Sacraments-Qualität oder religiöse Heiligkeit dem Gewissen überläßt, ein fester geknüpftes Band, als in dem vorausgehenden Verlöbniß, ungeachtet der Gränzverwirrung durch das Canonische Recht, anzuerkennen; allein wenn der Bruch eines rechtsgültigen und feierlichen Verlöbnisses aus sittlichen Motiven niemals zur Verweigerung der Auflösung führt, vielmehr nur aus dem Gesichtspunkt der Injurie oder

---

[1]) Puchta die Ehescheidungsfrage S. 10. L. 2. C. de inutil. stip. (8, 39.) L. 1. 5. C. de sponsal. (5, 1.) L. 14. C. de nuptiis (5, 4).

der Schadloshaltung für Vermögensnachtheile beurtheilt wird, so muß das Eheband als privatrechtliches Institut, d. h. als in bestimmten Formen geschlossene Uebereinkunft, die nämliche höhere Autorität über sich erkennen, und darf sich ihr nicht deshalb entziehen, weil dieselbe bei Dispositionen über Mein und Dein seltener Veranlassung zum Einspruch findet.

Nicht einmal die formale juristische Consequenz kann hierdurch in Verlegenheit gerathen. Wenn die Gesetzgebung jede ausdrückliche und willkürliche Bedingung bei Schließung der Ehe als unstatthaft verwirft, so will sie damit nicht so weit gehen, die Annullirung und Scheidung überhaupt für unmöglich zu erklären; sie behält es nur sich selbst vor, die Voraussetzungen derselben vollständig zu normiren, mit Ausschluß jeder Einwirkung darauf durch die Autonomie der Partheien. Indem sie aber z. B. den Ehebruch als Scheidungsgrund in ihr System aufnimmt, erklärt sie diesen für jede einzelne Ehe als eine stillschweigende Resolutivbedingung derselben. Mag der Vorsatz lebenslänglicher Treue auch noch so fest seyn, und die Erwartung auf volles Lebensglück durch den anderen Gatten noch so wohlbegründet scheinen, so hindert das nicht, daß für die rechtliche Betrachtung bei jeder Ehe alle diejenigen Fälle, welche das Gesetz als genügende Scheidungsgründe aufstellt, wie eben so viele Resolutivbedingungen erscheinen müssen, welche hier, wie überall sonst, entweder in concreto eintreten oder sämmtlich wegfallen können. Eben so wenig also, wie aus der nothwendigen Unbedingtheit des Consenses zur Ehe ein juristisches Bedenken gegen die Scheidung im Allgemeinen erwachsen darf, kann eine Schwierigkeit darin erblickt werden, wenn die Gesetzgebung der beharrlichen Willensänderung des einen Theiles die Bedeutung einer auflösenden Bedingung beilegen will. — Zu dem nämlichen Ziele führt in seiner Anwendung der Rechtsbegriff des wesentlichen Irrthums. Gleichwie dieser in der Form einer stillschweigenden vernunftrechtlichen Suspensivbedingung die Annullirung der Ehe ungeachtet ihres bereits erfolgten

Abschlusses begründet, [1]) so ist er auch seiner Natur nach geeignet, deren Anfangs gehoffte unbegränzte Dauer abzukürzen. Denn für die Frage der Rechtsgültigkeit eines fortwährenden Verhältnisses ist es in Betreff der Zukunft irrelevant, ob der letzteren schon eine längere oder kürzere Vergangenheit voraufgegangen seyn mag, [2]) und unsittlich bleibt das Aufgeben der ganzen Persönlichkeit ohne dessen Voraussetzungen, möge die Unfreiheit des Entschlusses, welche durch Irrthum nicht weniger, wie durch äußeren Zwang herbeigeführt wird, sich auf die gleich Anfangs obwaltenden oder auf erst später eingetretene Verhältnisse bezogen haben. Daß also der wesentliche Irrthum nicht nur von vorn herein als annullirende stillschweigende Suspensivbedingung, sondern auch, sofern er erst später entdeckt wird, als auflösend wirksam werde, kann schon deshalb nicht juristisch unmöglich seyn, weil es aus höheren Gründen nothwendig ist.

Wir meinen die Sitte als eine von der Sittlichkeit noch zu unterscheidende besondere Macht berücksichtigen zu

---

[1]) Daß der wesentliche Irrthum nur ein anderer Ausdruck für eine stillschweigende Suspensivbedingung (quae inest) sey, ist schon von Anderen benutzt worden. Böhmer J. E. P. tom 3. lib. 4. tit. 5. § 2. erklärt die voreheliche Defloration (ohne Schwängerung) für einen Grund, die Ehe zu annulliren: "non quidem ex ea ratione quasi hic subsit error substantialis (nam in quo ille latitet, doceri nequit, quamvis ad hunc provocet Carpzov,) sed potius quod *conditio tacita* deficiat, qua subintellecta matrimonium vel sponsalia cum sponsa iniit." Dazu bemerkt Eichhorn Kirchenrecht Bd. 2. S. 354: "Es bedarf nicht erst eines Beweises, daß der Mangel der vorausgesetzten Eigenschaften nichts Anderes ist, als ein wesentlicher Irrthum mit anderen Worten ausgedrückt."

[2]) Hier läßt sich die Analogie mit der Societät nicht abweisen, deren Aufkündigung auch dann, wenn sie auf bestimmte Zeit eingegangen war, vor Ablauf dieser Zeit vom Röm. Recht aus einer gerechten Ursache für zulässig erklärt, und durch Annahme einer, der Natur des Verhältnisses entsprechenden (stillschweigenden) Bedingung gerechtfertigt wird. L. 14—16. L. 65. § 6. D. pro socio (17, 2).

müssen. Denn das Coincidiren dieser beiden ist zwar möglich, aber nur zufällig. Die Sitte begnügt sich nicht damit, den von den Postulaten der Moral freigelassenen Raum (das adiaphoron) mit ihren Satzungen zu erfüllen: sie greift auch tief in das Gebiet der Sittlichkeit ein, oft im Einklange mit dieser, sie als gute Sitte unterstützend, nicht selten aber auch ihr widerstreitend. Ein solcher Widerspruch ist kein vorsätzlicher, denn die Sitte tritt als Prätension der Sittlichkeit auf; aber während die letztere das Leben und Handeln nach Vernunftgrundsätzen unmittelbar normirt, schöpft die Sitte nur aus der Quelle der traditionell bestehenden Ansichten als solchen, und wurzelt mit ihrer unbewußten Ausbildung, je mehr sie erstarkt ist, um so tiefer in der Geschichte der Vergangenheit. Wenn sie, so weit die Sittlichkeit sich gleichgültig gegen sie verhält oder ihr widerspricht, ihre willkürlichen Gebote aus der Vernunft rechtfertigen will, wird sie zum Vorurtheil. Während die practische Vernunft unwandelbar und überall die gleiche ist, zeigt sich die Sitte nach Zeit und Ort wechselnd und mannigfaltig. Sie ist ein Ausdruck des Gesammtwillens, wie das positive Recht, und bildet, wie dieses, eine Macht, der sich das individuelle Belieben nicht ohne Schaden entziehen soll. Es genügt ihr nicht, daß der Staat sich in keinen directen Conflict mit ihr setzt, indem er beföhle, was sie verbietet, oder umgekehrt, und daß er im Uebrigen es ihr selbst überläßt, sich zu behaupten; sondern sie nimmt, dem Rechte gleich, die Staatsgewalt in ihren Dienst zur Verhütung von Aergerniß, wie z. B. mittelst der Strafen für Stuprum, entfernteren Incest ꝛc. ꝛc. — Die mächtige Stütze und Förderung, welche der Staat für seinen vernunftgemäßen Willen in der guten Sitte findet, wurde von jeher anerkannt; wie aber hat sich die Gesetzgebung gegen die Sitte in ihrem Conflicte mit der Sittlichkeit oder der persönlichen Freiheit zu verhalten? Im Allgemeinen hat sie die Gebote der Sittlichkeit gegen die Prätensionen der schlechten Sitte und des Vorurtheils aufrecht zu halten, und darf keine Anmaßung dieser gegen jene zulassen (sie straft z. B. das Duell, welches die

Sitte billigt oder verlangt); eben so hat sie die Freiheit, in Schutz zu nehmen, sofern dieser von einer tadelnswerthen Sitte unrechtlicher Zwang angethan werden soll. Im Einzelnen aber ist hier der Gesetzgebung ein wirklich legitimes Feld der Vermittelung geboten, wodurch ein Widerspruch, der nicht völlig zu heben ist, auf sein geringstes Maaß reducirt oder ausgeglichen werden kann. Die Sittlichkeit zwar kann keine Concessionen machen, aber die Freiheit kann es, vor derjenigen Gränze, wo ihre Beeinträchtigung positiv unsittlich würde, und muß es thun in Anerkennung der im Allgemeinen wohlthätigen und unentbehrlichen Macht der Sitte für den Staat. Andererseits ist auch die Sitte zu Concessionen ihrer Natur nach fähig, so weit ihre Verletzung nicht ein wahres Aergerniß bewirken würde, denn sie ist nach Zeit, Ort und Umständen wechselnd, also auch der allmähligen Einwirkung durch schonende Gesetze nicht unzugänglich; sie ist zwar entschieden und impetuos im Gefühle ihrer Macht, aber so weit sie zugleich im Gegensatz zu der klaren, unerbittlichen und constanten Sittlichkeit unbestimmt, elastisch und veränderlich ist, hat sie kein Recht, es verhindern zu lassen, daß der Einzelne seine Freiheit höher stelle als das Urtheil der Menge über einen Verstoß gegen die herrschende Sitte, die ihm nur als Vorurtheil erscheint, und daß er als sein eigener Richter sich von einem solchen Verdammungsurtheil absolvire.

Für das eheliche Verhältniß hat sich die Veränderung der Sitten bisher vorzüglich in Betreff der Eingehung als einflußreich bewährt. Hegel verweis't (§ 162) auf Zeiten und Völker, wo die Eltern über die Ehe nach ihrer Willkür verfügen, ohne die Betheiligten zu fragen, "und diese lassen es sich gefallen, da die Besonderheit der Empfindung noch keine Prätension macht. Dem Mädchen ist es nur um einen Mann, diesem um eine Frau überhaupt zu thun." Aber er selbst findet den Grund dieser Mißachtung des Werthes der subjectiven Freiheit in dem Complexe der Sitte, nach welcher bei solchen Völkern das weibliche Geschlecht in geringer Achtung steht; wobei es dahingestellt bleiben kann, wie

weit der Wendepunkt in dieser Sphäre, worin das Römische Volk und das alte Deutschland schon würdigere Zustände als eine spätere Zeit bietet, auf das Christenthum zurückzuführen sey. Die von der heutigen Gesittung geforderte persönliche Gleichachtung des Weibes mit dem Manne trägt bereits ihre wohlthätigen Früchte, indem sie namentlich die Einwirkung der Polizeigewalt auf das Eheband, auch so weit dieselbe das schwächere Geschlecht sich zu unterwerfen allenfalls ausgereicht haben mögte, zurückgewiesen hat; [1]) diese

[1]) Für Hamburg speciell ist noch zu bemerken, daß die in unserem Stadtrecht dem Ehemanne erlaubte körperliche Züchtigung der Frau schon nach Klefeker's (Bd. 4. S. 119) Zeugniß von der späteren Sitte perhorrescirt wurde. Hinsichtlich der Ehebruchsstrafen ist das andere Geschlecht sogar durch die neuere Sitte positiv begünstigt. Schon die Bugenhagen'sche Kirchenordnung von 1529 verfügt art. 24, daß, da die vom kaiserlichen und göttlichen Rechte verordnete Todesstrafe für Ehebruch hier nicht gebräuchlich sey, der offenbare Ehebruch wenigstens mit Geld, und im Wiederholungsfall mit Stadtverweisung bestraft werden solle, bis der Uebelthäter dem Rathe Besserung gelobt. Damit übereinstimmend, soll nach art. 29. P. IV. Stat. an dem Manne der Ehebruch mit einer Ehefrau mit 100 Rthlr. und mit einer ledigen Person begangen mit 50 Rthlr., die Wiederholung im ersteren Fall mit Verlust der Stadt Wohnung bestraft, die treulose Ehefrau aber mit Gefängniß belegt oder am Pranger mit Ruthen gezüchtigt und aus der Stadt verwiesen werden. Noch im Jahr 1701 nannte ein Prediger diese Constitution schändlich, auch wider Gott und alle Billigkeit. Als man aber damit umging, den Artikel zu ändern, und die Strafe des Ehebruchs zu exasperiren, protestirte ein altconservativer Bürger mit den, seinem politischen Standpunkte gemäßen Worten: "Nein, wir halten diesen Artikel für ein Privilegium der Bürger von Hamburg, und wollen das behalten, was unsere Vorfahren gehabt haben." (Schrötteringk und Vegesack zu art. 29. P. IV. Stat.) In neuerer Zeit wird bei Ehescheidungen gegen den untreuen Ehemann die Geldstrafe vom Obergericht ausgesprochen, auch exequirt, und dem Vernehmen nach zur Verbesserung der obergerichtlichen Bibliothek verwendet; die Frau dagegen bleibt im gleichen Falle straflos. — Der Entwurf des Hamb. Criminalgesetzbuches straft (art. 167) den Ehebruch, wenn er wissentlich mit eines Anderen Ehegatten geschehen, mit Gefängniß bis zu

Anerkennung der persönlichen Freiheit in beiden Geschlechtern, deren keines mehr zu der Klasse der res fungibiles zählen soll, wird unfehlbar auch im Kampfe mit kirchlichen Traditionen einer, durch die Sittlichkeit gebotenen, größeren Erleichterung der gänzlichen Scheidung früher oder später den Sieg in der Gesetzgebung verschaffen. Dann wird die eheliche Treue, weil sie frei von äußerem ihr fremden Zwange geübt werden kann, in sittlichem Werthe steigen; die Besorgniß, eine durch Freundschaft und Anhänglichkeit wachsende Befriedigung für das ganze Leben zu verlieren, wird den Willen beleben, die Fortdauer dieses Verhältnisses sich zu erhalten; ein von gegenseitiger Neigung geknüpftes Band wird, sofern nicht eine Täuschung im Wesentlichen die Gemeinschaft unerträglich macht, durch eigene Humanität oder durch die Macht der allgemeinen Sitte, welche die Charakterlosigkeit und Schwäche mit verdienter Verachtung straft, sich als dauernd bewähren. Verwerflich dagegen ist der Ausweg der Gesetzgebung, sich auch der schlechten und bereits in Verfall begriffenen Sitte noch durch eine formelle Sanction derselben zu accomodiren, anstatt auf deren Reinigung durch Achtung vor edleren Motiven hinzuwirken. Jenes geschieht z. B. durch die Bestimmung des Preußischen Landrechts, wonach wegen mündlicher Beleidigungen und geringerer Thätlichkeiten nur Personen des mittleren und höheren, nicht aber Leute gemeinen Standes geschieden werden sollen. Nicht daß die Sitten in dieser Beziehung je nach der Bildungsstufe verschieden seyn können, soll bestritten werden; aber das innere Ehrgefühl verdient vom Staate größere Schonung und Pflege, als die ihm trotz der empfindlichsten Verletzungen durch demüthigende Verweisung auf die Zufälligkeit der verschiedenen Glücksumstände widerfährt. [1]

---

6, sonst bis zu 3 Monaten, statuirt jedoch ein Strafverfahren wegen Ehebruchs nur dann, wenn wegen desselben die Ehe gerichtlich geschieden worden.

[1]) Statt solcher Standesrücksichten werden nach unserer Praxis schon wörtliche Zeichen der Lieblosigkeit für genügend wenigstens zur

Werfen wir einen Blick auf die bisherige deutsche Gesetzgebung und Praxis, so hat dieselbe durch principlose Analogieen die ursprünglich zugelassenen Scheidungsgründe des Ehebruchs, der Impotenz und böslichen Verlassung willkürlich erweitert. Die in diesen Scheidungsgründen waltende Vorstellung ist der Charakter der Ehe als einer Verbindung zu ausschließlicher Geschlechtsgemeinschaft, denn dieselbe wird durch die drei Merkmale des Vermögens und des Willens zu geschlechtlichem Umgange und seiner Ausschließlichkeit unter diesen Gatten constituirt. Der Begriff der Impotenz negirt die Möglichkeit, die bösliche Verlassung den Willen zu diesem Verkehr, und der Ehebruch zerstört die Bedingung der gegenseitigen Exclusivität. Nur ist hierbei die Ehe lediglich von der sinnlichen Seite aufgefaßt, welche zwar keinen nothwendigen Gegensatz zu ihr als einem sittlichen Verhältnisse bildet, aber in der vollen Lebensgemeinschaft und gegenseitigen Ergänzung der Persönlichkeit nur die Bedeutung eines Naturmomentes behaupten kann. Diese höhere und wahre Auffassung der Ehe bedingt auch eine Vergeistigung und Verallgemeinerung derjenigen Mißverhältnisse, unter welchen sie nicht länger zu bestehen vermag, und dadurch werden zugleich die einzelnen Zusätze absorbirt, durch welche man in verschiedenem Umfange zwar mit richtigem Gefühl, aber auf dem unpassenden Wege juristischer Analogie das Gebiet der Scheidungsgründe zu erweitern getrachtet hat.

1. Das Wollen der geschlechtlichen Hingebung wandelt sich zur Liebe als sittlicher Gesinnung, also zur Achtung der Persönlichkeit des Anderen, Freundschaft und Theilnahme, zur Sorge für sein Wohl und seine Zufriedenheit. Wie jener Willen in der böslichen Verlassung und in Versagung der

---

Scheidung von Tisch und Bett erachtet. So wurde in S. Karstens c. mar. vom Niedergericht am 15. September 1851 die Behauptung der Klägerin zum Beweise verstellt: "daß Beklagter ihr mit Schlägen gedrohet, daß er sie habe gehen heißen und zugleich seine Freude über ihr Fortgehen ausgesprochen habe."

sogenannten ehelichen Pflicht aufgehoben ist, so verkehrt sich die Liebe in Gleichgültigkeit gegen das Wohl des Gatten, in Selbstsucht und Aeußerungen des Hasses. Gleichfalls gehört dahin jede willkürliche Verschuldung, jedes Nichtwollen der Zufriedenheit des Gatten, die man bewirken könnte, wenn man den Willen dazu hätte. Zum Theil wird dieses durch die hie und da gesetzlichen Scheidungsgründe der Lebensnachstellung, der thätlichen Mißhandlung oder Ehrenkränkung, Versagung des Unterhalts, Begehung von Verbrechen oder Ergreifung eines schimpflichen Gewerbes, lasterhafte Lebensweise 2c. anerkannt. Wenn man aber dieses Register von Specialitäten schließen zu können meint, so bleibt dabei unbeachtet, daß die Lieblosigkeit und Gehässigkeit erfinderisch in Aeußerungen und Quälereien mit Umgehung der gesetzlichen Kategorieen seyn kann, die doch nur als Manifestationen der Gesinnung, welche das Beisammenleben zuletzt unerträglich machen muß, von Bedeutung sind. Wenn umgekehrt die feindseligste und empörendste Begegnung nicht den einzigen Schutz findet, der ihr durch Trennung eines so unsittlichen Bandes gewährt werden kann, so lange nicht die willkürliche äußere Entfernung hinzukommt, so werden dadurch die Begriffe von Gerechtigkeit, von Schuld und Unschuld auf den Kopf gestellt. Denn dem ehrliebenden, sich selbst achtenden und nicht ganz verhärteten Theile bleibt dann vor einem beharrlich gegen ihn geübten Hasse keine andere Rettung, als seinerseits davon zu laufen, obschon er dadurch sich der Gewißheit aussetzt, von einer widersinnigen Gesetzgebung als der allein Schuldige qualificirt zu werden. Die Abneigung und Feindschaft muß zwar für sich selbst zur Auflösung der unnatürlichen Verbindung streben, denn nur eine unmenschliche Bosheit wird durch den Vorsatz befriedigt, den Gegenstand des Hasses zu dessen lebenslänglicher Qual an sich gekettet zu halten. Wenn aber nicht die Gesinnung selbst, sondern nur deren gröbste Aeußerung in Lebensnachstellungen, Sävitien und Excessen die Scheidung bewirken darf, so muß Derjenige, welcher jene Gesinnung hegt, zu solchen Ausbrüchen, so weit es in seiner Willkür

liegt, sich verleitet finden, weil nur als deren Lohn ihm die erwünschte Scheidung winkt. Und weil sie nicht ihn selbst, sondern nur den anderen Theil zur Scheidungsklage berechtigen, muß er darin so weit gehen, bis Jenem die Geduld reißt und seine Resignation auf unleidliche Proben gestellt wird. Der Gatte, welcher diese ihm erwiesene Abneigung nicht erwidert, muß hoffen, daß der Andere sich bis zu groben Excessen vergesse oder ihn selbst dazu reizen, weil sie für ihn die gesetzliche Bedingung der ersehnten Lösung sind, und sein Leiden hoffnungslos ist, wenn Jener sich davor in kaltblütiger Grausamkeit zu hüthen versteht.

2. Die Generalisirung des sexuellen Unvermögens führt auf die Unmöglichkeit, die für die eigene oder fremde Persönlichkeit wesentlichen Zwecke der eingegangenen Ehe erreicht zu sehen, ohne daß der Willkür davon die Schuld zu imputiren wäre. Je würdiger die von dem Wesen der Ehe gehegte, nicht ideale, aber der wirklichen Menschennatur entsprechende Vorstellung, um so einleuchtender ist es, daß die von ihr geforderten Voraussetzungen nicht durch die körperliche Potenz erschöpft werden. Dem Mangel der letzteren schließt sich im Preußischen Landrecht und in Particulargesetzen zunächst der Scheidungsgrund von, die Gemeinschaft verhindernden Ekel und Abscheu erregenden körperlichen Gebrechen, von unheilbaren ansteckenden, so wie von unheilbaren Gemüthskrankheiten an, welche einen Verkehr wie unter vernünftigen Wesen nicht mehr zulassen. Der geistigen Gemeinschaft losgetrennt von jedem Charakter der Geschlechter, correspondirt der Scheidungsgrund der einseitigen Religionsänderung, insoweit der Religions-Unterschied ein Ehehinderniß bildet, denn diese Aenderung darf nicht, einer willkürlichen Handlung gleich, durch Rücksichten auf irgend welche positiven Bande sich gehemmt sehen. Die Uebereinstimmung des Glaubens ist jedoch nicht das einzige Erforderniß dafür, daß ein Gatte sein geistiges und sittliches Bedürfniß in der Lebensgemeinschaft mit dem anderen befriedigt finden könne. Je energischer und ausgeprägter ein Charakter, um so schroffer wird die Anfangs

unbemerkte Divergenz hervortreten; je harmonischer und je weniger einseitig eine Natur gebildet ist, um so tiefer wird sie das Verlangen nach Ergänzung ihrer Persönlichkeit durch den Ehegenossen empfinden, um so bitterer entbehren, wenn diese Bestimmung verfehlt bleibt. — Gleichwie aber das physische Unvermögen nur ein relatives zur Begattung unter diesen Individuen zu seyn braucht, worin dann ihre beiderseitige Fähigkeit zur Erreichung des Naturberufes in anderer Verbindung von selbst gesetzt ist, so greift auch das Unheil einer innerlich verfehlten Ehe über jene Momente hinaus, welche den einen Theil ohne sein Verschulden zu einer solchen Verbindung absolut untauglich machen (wie Wahnsinn ꝛc. ꝛc.). Dies wird in den Scheidungsgründen des unüberwindlichen Widerwillens und der Unverträglichkeit anerkannt, sofern von beiden oder von einer Seite das ernste und resignirte Streben nach Herstellung eines einträchtigen tolerablen Verhältnisses nichts als das Bewußtseyn bewirkt, daß ein solches Verhältniß grade unter ihnen nicht erreichbar sey. Hierin löſ't sich auch die gemeinrechtliche Theorie auf, daß eine verfügte Separation zu Tisch und Bett, wenn sie nach Verlauf längerer Zeit keine Wiedervereinigung der Gemüther herbeizuführen vermogte, selbstständig die gänzliche Scheidung zur Folge haben müsse. Denn diese Lehre ist nur in der Form oder im Ausdruck von der einseitigen definitiven Scheidung wegen einer, wenn auch von keinem Theile verschuldeten, dauernden Unverträglichkeit verschieden. — Dagegen ist die Beschränkung dieser ganzen Klasse von Scheidungsgründen auf bei Eingehung der Ehe vorhandene körperliche Impotenz und was dem gleichgestellt wird, nach zwei Seiten hin verwerflich. Sie folgt der Analogie des Viehkaufes und der Verträge über Sklaven im Römischen Recht, wobei die Redhibitionsklage nur wegen physischer, nicht auch wegen Gemüths-Fehler Statt findet. Wie das ädilitische Edict für den Begriff der Fehlerhaftigkeit auf die im Handel und Marktverkehr geltenden Regeln verweiſ't, so soll nach dem Preuß. Landrecht die Ehe annullirt werden dürfen, wenn "in solchen persönlichen Eigen-

schaften, welche bei einer Ehe von dieser Art vorausgesetzt zu werden pflegen, geirrt worden ist." Demgemäß findet nach gemeinem Recht die Annullirung wegen Irrthum zwar Statt, wenn die Frau vor der Ehe geschwängert, nicht aber, wenn sie nur deflorirt war, im Herzogthum Altenburg dagegen auch dann, wenn der Mann sich bei der Verheirathung mit Unrecht berühmt hat, noch Junggesell zu seyn. [1] Wenn das Canonische Recht die Unbekanntschaft mit der unfreien Geburt des anderen Theiles als Trennungsgrund gelten läßt, so erscheint uns eine so vereinzelte Bestimmung über vorausgesetzte wesentliche Eigenschaften principlos; will aber die Gesetzgebung überhaupt eine bestimmte Zahl solcher Verhältnisse auszeichnen, und nicht gestatten, das Princip darüber hinaus auszudehnen, [2] so ignorirt sie, daß es sich nicht um ein Geschäft über fungible Waaren, sondern um eine Vereinigung bestimmter Individuen zur Lebensgemeinschaft handelt, bei welcher Jeder nur für sich selbst darüber zu entscheiden hat und Auskunft geben kann, welche Qualitäten der geistigen und sittlichen Persönlichkeit für seine Subjectivität wesentlich, und bei seinem freien Entschlusse bestimmend gewesen sind. — Zweitens fordert man, daß der körperliche Mangel, die Epilepsie ꝛc. ꝛc. [3] mindestens der Anlage nach schon vor Eingehung der Ehe obgewaltet haben müsse, während ein später entstandener ohne Einfluß bleiben soll. Auch hier würde, falls ein solches Axiom auf Rechtsgründe sich stützen wollte, die Aehnlichkeit mit den Bedingungen des ädilitischen Edictes keine blos zufällige seyn, wonach der Fehler des tradirten Thieres oder Sklaven schon bei Eingehung des Vertrages vorhanden gewesen seyn muß, wenn er auch erst später bemerklich wurde. Hier nun folgt dieses Requisit allerdings aus der Natur der Sache, aus dem periculum, welches

---

[1]) Altenburgische Eheordnung vom 13. Mai 1837 § 174. 186.

[2]) Dies räth Eichhorn Kirchenrecht Bd. 2. S. 355.

[3]) Vergl. oben S. 26.

mit dem Eintritt eines, von den Partheien stipulirten Zeitpunktes von dem Veräußerer der Waare auf ihren Erwerber übergehen soll; wie könnte man jedoch mit solchen Rechtsgeschäften die gegenseitige Hingabe und Vereinigung der Person durch die Ehe parallelisiren wollen? Daß bei Verträgen, denen das eheliche Verhältniß nach seiner juristischen Natur weniger heterogen ist, ganz andere Grundsätze einschlagen, wurde schon oben bemerkt. Daß eine Impotenz, ein unheilbarer Wahnsinn u. s. w., wenn sie am Tage nach der Hochzeit eintreten, den Zweck der Ehe für die Zukunft nicht weniger unerreichbar machen, als wenn sie verborgen schon vorher existirten, ist einleuchtend; der Irrthum ist in beiden Fällen der nämliche, und nur um die Differenz der Zeitdauer verschieden, auf welche er sich bei einem präsumtiv lebenslänglichen Verhältniß erstreckt. Die Zumuthung, solche Ereignisse und überhaupt jede Täuschung der Hoffnung auf ein mögliches Lebensglück bereitwillig zu tragen, wie eine vorübergehende Krankheit, ist eine Berufung an die Resignation, welche durch Erzwingung jeden moralischen Gehalt verliert, und ihr Maaß nur in der durch eigene Reflexion unterstützten individuellen Kraft finden kann, die aber unter Umständen als zweckloses Opfer der eigenen Persönlichkeit eben so unsittlich ist, wie die Verbrennung der Indischen Wittwe mit dem Leichnam des Gatten. — Das (absolute oder relative) Unvermögen wirkt als unverschuldeter Irrthum zur Nichtigkeitserklärung der formell gültigen Ehe, weil es unmoralisch seyn würde, eine vorherige Prüfung hierüber zu fordern. Der Voraussetzung des geschlechtlich normalen Zustandes steht in Betreff des individuellen, ein harmonisches Zusammenleben bedingenden Charakters das Vertrauen gleich, das unbeschadet des Tadels einer leichtsinnig geschlossenen Verbindung dennoch die unentbehrliche Grundlage für dieses, wie jedes andere rein menschliche Band bildet. Ein die Ehe zerstörendes Mißverhältniß kann nicht deshalb unbeachtet bleiben, weil man behauptet, daß der Irrthum verschuldet sey, daß es früher hätte vorausgesehen werden sollen oder können. Nicht das

Vertrauen ist unsittlich; unvernünftig aber ist die Bestrafung des getäuschten Vertrauens durch die lebenswierige Fiction, als sey es kein irrthümliches gewesen.

3. Daß die gegenseitige Ausschließlichkeit der Geschlechtsgemeinschaft nicht allein durch physische Untreue, durch Ehebruch mit immissio seminis verletzt werden könne, muß man zugeben, obgleich ein allgemein gültiges Kriterium diesseits dieser Gränze sich unmöglich aufstellen läßt. Die nämliche Macht der Sitte, welche die Schranken der weiblichen Sittsamkeit zieht, veranlaßte die Französische Gesetzgebung, in dem Ehebruch des Mannes nur dann einen Scheidungsgrund zu statuiren, wenn er die Concubine in die eheliche Wohnung aufnimmt. [1] Wir rühmen in dem geistigen und socialen Verkehre der beiden Geschlechter die Blüthe Europäischer Gesittung, und fordern von Niemand die Bornirtheit, sich in dieser Hinsicht von der ihm interessanteren Hälfte der Menschheit mit Einem zufällig herausgegriffenen Exemplare abzufinden. Auch in den Beziehungen zu einzelnen Individuen muß jedenfalls die Empfindung und das Urtheil völlig freigelassen werden, weil Beides unwillkürlich, also der Moralkritik nicht unterworfen ist. Was die Sittlichkeit fordert, ist: daß durch das Verhalten des einen Theiles nicht der andere sich mit Grund unbefriedigt oder vernachlässigt finde, und das Maaß seiner Ansprüche wird für seinen Verstand insofern durch die herrschende Sitte bestimmt, als er von jedem anderen Gatten weitergehende Prätensionen eben so wenig erfüllt zu sehen erwarten dürfte. Wenn die Gesetzgebung in diesem Punkte eine strengere Sitte als die von ihr vorgefundene erzwingen wollte, so würde sie Ehescheidungen, welche bisher die Ausnahme bilden, zur Regel erheben, und dieselben massenweise herbeiführen. Das Verlangen einer von der Sitte nicht

---

[1] Die Motive zu dieser Stelle bemerken: "Toutes les nations éclairées par l'expérience et par une sorte d'instinct se sont accordées à croire, que le sexe le plus aimable doit encore, pour le bonheur de l'humanité, être le plus vertueux."

gebotenen Exclusivität ist die Eifersucht, Egoismus aus Ehrgefühl. Ein Urtheilsspruch darüber durch ein Sitten-Gericht wäre überall nur dann denkbar, wenn die Anklage auf einzelnen eclatanten und erkennbaren Vorfällen beruhet; das kränkende Bewußtseyn, vernachlässigt und hintangesetzt zu werden, läßt sich aber vermöge seiner rein subjectiven Natur durch eine Abweisung angebrachtermaaßen nicht beschwichtigen. Auch die nach fremdem Urtheil unberechtigte Eifersucht weicht entweder nur der Verständigung und der eigenen Resignation, oder sie muß dem von ihr besessenen, wie dem dadurch gequälten Theile die Möglichkeit lassen, der Collision zwischen dem empörten Ehrgefühl des Einen und der unwürdigen Sklaverei des Anderen durch einseitigen Entschluß oder nach gegenseitiger Uebereinkunft zu entrinnen. Dagegen liegt die Unsittlichkeit der bisherigen Gesetzgebung hierüber nicht minder zu Tage, wie die Unthunlichkeit, das Gebiet dieser Frage mit objectivem Maaßstabe messen, oder dasselbe der richterlichen Delicatesse unterbreiten zu wollen.

## § 9.

## Schluß.

Den Ausgangspunkt für die Gesetzgebung muß die im Bisherigen begründete Ueberzeugung bilden, daß es der Natur der Ehe als eines sittlichen Verhältnisses widerspricht, die Zulässigkeit der Scheidung auf eine gewisse Zahl von einzelnen Gründen beschränken zu wollen. Eine in dieser Art formirte Beschränkung der persönlichen Freiheit ist dem Staatswohl und der Gerechtigkeit fremd. Wenn der ernste und beharrliche Wille nicht dergestalt respectirt wird, daß er allein zur Ehescheidung genügt, so kann er doch nicht verhindert werden, sich in willkürlicher Herbeiführung derjenigen äußeren Erscheinungen und Bedingungen geltend zu machen, welche wie Ehebruch, bösliche Verlassung, Mißhandlungen u. a. ein

positiv unmoralisches Verhalten mit der um jeden Preis ersehnten Befreiung krönen. Zu dem nämlichen Resultate führen noch zwei practische Erwägungen:

1. Indem ein Gesetz eine größere oder geringere Zahl von Ehescheidungsgründen aufstellt, muß es seinem Principe nach ein prohibitives seyn, d. h. die Scheidung in jedem anderen Falle nach Analogie oder wegen der vorliegenden concreten Umstände unbedingt ausschließen. Wenn aber dadurch das richterliche Ermessen außerhalb des gesetzlichen Kreises abgewiesen wird, so ist innerhalb des letzteren ein anderer Uebelstand unvermeidlich. Die Veranlassungsgründe zu den handgreiflich unglücklichsten, innerlich zerstörten und wahrhaft unsittlichen Ehen, denen Niemand die Trennung versagen will, lassen sich nur mit abstracten und vielumfassenden Kategorieen wie Untreue, Sävitien, schlechter Lebenswandel u. s. w. bezeichnen. Da aber hierunter unzählige Unterklassen und Gradationen von der höchsten bis zur unerheblichsten begriffen sind, so wird jede Legislation, welche diesen Weg im Detail verfolgen will, an sich die Erfahrung der Preußischen wiederholt finden. Dort nämlich hatte Anfangs eine lange Reihe von einzeln aufgeführten Verschuldungen der Theorie nach die Bedeutung haben sollen, daß durch sie der behauptete unversöhnliche Haß oder die tödtliche Feindschaft objectiv außer Zweifel gestellt und gerechtfertigt wurde; sie mußten aber von der richterlichen Subsumtion wegen ihrer Aufzählung im allgemeinen Landrecht als abstracte selbstständige Scheidungsgründe aufgefaßt werden, und die unvermeidliche Wirkung davon war eine übermäßige Erleichterung der Ehescheidungen in der gerichtlichen Praxis. Der Preußische Staatsrath suchte (im Jahre 1844) zuerst eine Verbesserung hierin auf dem Wege materieller Verminderung der aus dem Verschulden eines Ehegatten hergeleiteten Scheidungsgründe zu bewirken. Allein man überzeugte sich in ausführlichen Berathungen, daß man hierbei stets in Gefahr gerathen müsse, "entweder zu viel oder zu wenig zu thun," daß auf jenem Wege die Aufgabe nicht gelös't werden könne, vielmehr

die bisher statuirten einzelnen Gründe sämmtlich einem gemeinsamen Princip untergeordnet werden müßten. [1]) Dieser Grundsatz wurde dahin aufgestellt: daß aus einem solchen Grunde künftig nur dann auf Scheidung erkannt werden solle, "wenn das Gericht nach der besonderen Beschaffenheit des vorliegenden Falles die Ueberzeugung gewinnt, daß durch die Schuld des verklagten Theiles die Ehe in nicht minderem Grade zerrüttet worden sey, als durch Ehebruch oder bösliche Verlassung geschehen seyn würde." [2]) Hierdurch will der Gesetzgeber die ganze für ihn unlösbare Schwierigkeit von sich ab, und seinen ausführenden Organen, den Richtern, zuschieben. Er ist zur Anerkennung der Wahrheit gelangt: daß es nicht auf das Zutreffen dieses oder jenes speciellen Scheidungsgrundes, sondern auf die ihnen allen gemeinsame Folge ankommt, wonach die Fortdauer einer unheilbar zerstörten Ehe nicht gefordert werden darf; daß in dem Gewichte solcher Gründe eine unendlich verschiedene Gradation stattfindet, die sich unmöglich gesetzlich fixiren läßt; daß vielmehr jeder concrete Fall nach der Persönlichkeit der Partheien und der Besonderheit obwaltender Umstände beurtheilt werden müsse. Aber er überläßt diese Individualisirung nicht denjenigen, welche ihr allein gewachsen seyn können, d. h. den Ehegatten selbst und ihren Angehörigen, sondern beauftragt damit die unberufene richterliche Willkür, welche sich dabei von der Kenntniß des factischen Materiales gleich sehr wie von jedem juristischen Anhaltspunkte entblößt finden muß.

Wir citiren darüber die treffende Ausführung in einer Kritik jenes Gesetzentwurfes: "Es soll z. B. entschieden werden, ob Trunksucht und in welchem Grade Trunksucht eines Ehegatten dem Ehebruch oder der böslichen Verlassung gleich sey, und ob daher wegen Trunksucht eines Ehegatten und bei welchem Grade derselben die Ehe geschieden werden

---

[1]) Darstellung der in den Preußischen Gesetzen über Ehescheidung unternommenen Reform S. 30. 54—58.

[2]) Entwurf des Staatsrechts § 2.

könne und dürfe. Die Basis dieser Vergleichung könnte nun entweder das Gefühl des anderen, des nüchternen Ehegatten, oder die Ansicht des Staates, d. h. im bestimmten einzelnen Falle des Richters, seyn. Auf jener Basis würde sich in jedem Falle ergeben, daß Trunksucht jeden Grades dem Ehebruch und der böslichen Verlassung gleich sey, denn der wegen Trunksucht des anderen Theiles auf Ehescheidung antragende Ehegatte will von demselben um dessen Trunksucht willen eben befreiet seyn, und eben so wohl befreiet seyn, als wenn derselbe die Ehe gebrochen oder ihn böslich verlassen hätte; ja manche Ehefrau wird noch lieber mit einem ungetreuen als mit einem betrunkenen Manne zusammen leben wollen. Soll dagegen der Richter (oder der Gesetzgeber für ihn im voraus) entscheiden, so fragt es sich, wie sich Ehebruch, bösliche Verlassung und Trunksucht gegen die verschiedenen Gesichtspunkte des Rechtsschutzes, der individuellen Freiheit und der Würde der Ehe verhalten. Es fragt sich also erstlich, was den Rechtsschutz betrifft, ob das Recht auf den ausschließlichen Beischlaf und auf das Beisammenleben mit dem anderen Theile größer und wichtiger oder geringer und unwichtiger sey, als das Recht auf die Nüchternheit, auf das nüchterne Verhalten des anderen Theiles, und ob Untreue und bösliche Verlassung ein größeres oder geringeres Unrecht sey, als Treue und Beisammenleben im trunkenen bestialischen Zustande. Erste Frage, auf welche es keine Antwort giebt. Es fragt sich ferner, ob die individuelle Freiheit schwerer verletzt werde, wenn einem Ehegatten untersagt wird, hinzugehen, wohin er wolle, und den Beischlaf zu vollziehen, mit wem er wolle, als wenn ihm verboten wird, Spirituosa in beliebiger Menge zu genießen. Zweite Frage, die nicht beantwortet werden kann. Endlich fragt es sich, ob Ehebruch und bösliche Verlassung ein größerer oder geringerer Verstoß gegen die Würde der Ehe sey, als Führung der Ehe in trunkenem Zustande. Dritte unbeantwortliche Frage. — Wir suchen vergebens nach einem Stern, der uns aus dieser Verlegenheit heraushelfen könnte. Will der Gesetzgeber oder

der Richter dennoch jene Fragen beantworten, so steht es allerdings in seiner Macht; er wird es aber nur thun können, indem er einem unbestimmten Gefühle, einem gewissen Takte folgt, und dann war es überflüssig sich ein tertium comparationis zu schaffen und sich vorzustellen, es sey dies ein "Grundsatz", nach welchem man urtheile, und sich die Täuschung zu bereiten, als urtheile man überhaupt; dann war es besser, zum Richter zu sagen: trenne die Ehe, wenn Dir der vorgebrachte und ermittelte Grund erheblich genug zu seyn scheint, um die Trennung dieser Ehe wünschenswerth zu machen; dann ließ sich das ganze Ehescheidungsrecht in diesen einzigen Paragraph zusammendrängen."

So wie man sich von der bisherigen Schablone entfernt, nach welcher entweder ein physischer Ehebruch erwiesen, oder durch Androhung processualischer Präjudize die bösliche Verlassung aktenmäßig wird, fallen mit Erweiterung der Scheidungsgründe die persönlichsten Interessen, welche doch keine geringere Sicherung und Schonung als die pecuniären erheischen, der subjektiven Willkür des Gerichtspersonales anheim.

2. Widersinnig und unsittlich ist ein Rechtszustand, der zwar die Ehescheidung unter gewissen Umständen für rechtmäßig und nothwendig erklärt, aber zugleich die Bedingung aufstellt, Dasjenige zur richterlichen Evidenz zu bringen, was seiner Natur nach mit dem Schleier der Scham, des häuslichen Geheimnisses oder der ehrliebenden Verschwiegenheit bedeckt bleibt oder bleiben sollte. Welche Beweismittel bleiben übrig für Verhältnisse, in welchen das Geständniß ohne Relevanz, eine Eideszuschiebung unstatthaft, und schriftliche Urkunden nicht wohl denkbar sind? Das körperliche Unvermögen kann für den Richter nicht anders als durch gerichtsärztliche Untersuchung constatirt werden; einer solchen muß sich der Mann wie die Frau auf die bloße, vielleicht nur aus Chicane ersonnene Behauptung des anderen Gatten unterziehen. Ist aber eine solche Behauptung auch wohl begründet, welche Dreistigkeit gehört dann für ein unverdorbenes Weib dazu, auf eine Procedur zu provociren, welche den Skandal in das

Publikum zerrt, und auf sie selbst das Licht wirft, in solchen Dingen wohlerfahren zu seyn! — Ehebruch, Sävitien, die gröbsten Ausbrüche der Rohheit und Feindseligkeit sind nicht anders zu erweisen, als durch gewöhnliche Zeugen; entweder ist eine solche Beweisverhandlung an sich skandalös und für den natürlichen Sinn empörend, oder sie unterbleibt nur deshalb, weil es ein absurdes Verlangen ist, daß solche Vorfälle durch die Wahrnehmung unbetheiligter Zeugen verificirt werden sollen, die in Ermangelung einer künstlichen Veranstaltung sich in der Regel jedem fremden Auge entziehen, und nur die Intimität des ehelichen Lebens angehen, oder höchstens von dem wachsamen Scharfblick des gekränkten Gatten erkundet werden. Hierfür ist es auch eine klägliche Auskunft, wenn z. B. der Preußische Entwurf das Ehegericht anweis't, bei dem Fehlen eines nach gesetzlichen Regeln vollständig geführten Beweises nach seiner aus dem ganzen Inbegriff der Verhandlungen und Beweise geschöpften Ueberzeugung die thatsächlichen Verhältnisse zu beurtheilen; denn theils können auch ungenügende Ueberzeugungsgründe doch nur aus den Depositionen dritter Personen, deren Herbeischaffung meistens unmöglich ist, geschöpft werden, theils ist es andererseits gefährlich, einem vagen Verdacht und subjectiven Muthmaßungen den entscheidenden Einfluß zu gestatten, welcher von Rechtswegen immer nur einer genügend fundirten Gewißheit gebühren kann.

Die von der Gesetzgebung anzuordnenden Bedingungen und Hemmungen, durch deren Ueberwindung sich der ernste und beharrliche Wille von der Laune und momentanen Aufgeregtheit oder dem Leichtsinn sondert, können theils psychologisch auf Constatirung jener unwandelbaren Entschiedenheit berechnet seyn, theils zugleich die Sicherung von des Schutzes würdigen Interessen bezwecken, welche durch zu große Erleichterung der Scheidung gefährdet würden. In ersterer Beziehung erscheint die vom Code civil vorgeschriebene Vorlegung einer Reihe verschiedener Urkunden theils als zwecklose Kleinlichkeit, theils als wirkungslos, sofern deren Herbeischaffung von

jedem Dritten gegen Vergütung seiner Mühe übernommen werden könnte. Im Uebrigen wird man immer auf die Präfigirung eines längeren, durch wiederholte Erklärung und persönliche Bestätigung der Partheien zu unterbrechenden Zeitraumes zurückkommen. Der nämliche Gedanke spricht sich in der Beschränkung aus: daß die zu scheidende Ehe bereits eine gewisse Probezeit gedauert, und die Gatten die erste Jugend zurückgelegt haben müssen. Bedenklicher ist der Ausschluß der Scheidung, nachdem die Frau ein gewisses mittleres Alter (in Frankreich von 45 Jahren) erreicht hat, so wie die erzwungene längere Ehelosigkeit als gesetzliche Folge einer für unhaltbar erkannten Verbindung. Denn darin liegt zugleich eine, für den Irrthum des Individuums zu harte Bestrafung, und eine für das Staatsinteresse unpolitische Verhinderung von neuen zufriedenen Ehen. Die Leichtigkeit, mit welcher schon jetzt auch dem für schuldig erklärten geschiedenen Theile die Dispensation zur Wiederverheirathung gestattet wird, sollte hierbei als Fingerzeig für ein neues Gesetz gelten. Dagegen verdient die Vorschrift volle Beachtung, welche den aus der geschiedenen Ehe vorhandenen Kindern eine Quote des elterlichen Vermögens zuweis't, weil sie die Vortheile des Familienlebens verlieren, ohne, wie bei dessen Auflösung durch den Tod, ein Surrogat dafür in der Beerbung zu erlangen. Hierauf ist aber auch der Einfluß dieses Momentes zu reduciren: man darf so wenig die einseitige wie (mit dem Preußischen Landrecht) die Scheidung nach gegenseitiger Einwilligung auf den Fall kinderloser Ehe beschränken. Denn mit Recht sagt Puchta: "Dieser Beschränkung könnte der Gedanke zu Grunde liegen, daß das Privatrecht der Scheidung nicht in Conflict kommen dürfe mit einem andern Privatrecht, dem der Kinder nämlich. Aber was für ein monströses Privatrecht wäre das der Kinder auf Dauer der Ehe, in der sie erzeugt sind! Oder die Staatsfürsorge für die Kinder sollte die Aufrechthaltung einer Ehe fordern, die nach dem angenommenen Princip eine unsittliche wäre? Im Gegentheil fehlt so viel, daß das Interesse der Kinder

die Fortdauer einer solchen Ehe forderte, daß es vielmehr ihre schleunigste Aufhebung dringend anräth, um dem noch reinen Gemüth der unschuldigen Kleinen das Aergerniß widerwilliger Eltern, den aufmerksamen Blicken der Erwachsenden das gefährliche Beispiel aus ihrer unmittelbaren Nähe zu rücken. Giebt man die Auflösung kinderloser Ehen durch Einwilligung zu, so muß man sie um so mehr zulassen bei dem Daseyn von Kindern, denen als Waisen erzogen zu werden ein geringeres Uebel ist, denn als Sprößlinge einer gezwungenen Ehe in ihrer Begleitung von Verdruß, Bitterkeit, Haß, gegen die das Privatrecht kein Mittel als die Flucht aufzuweisen hat." [1])

Außer den Kindern können auch die Ascendenten oder nächsten Seitenverwandten der Eheleute als betheiligt bei einer Scheidung gelten. Das gemeine Recht versagt ihnen dabei freilich jede Stimme, während es die Eingehung der Ehe allerdings von dem Consense der Eltern oder Großeltern abhängen läßt. Schon wegen dieser früheren Mitwirkung scheint es natürlich, ihnen auch in Betreff einer willkürlichen Auflösung der von ihnen approbirten Verbindung Gehör zu verschaffen. Das Unpassende erschöpfender materieller Scheidungsgründe folgt aus der unendlichen Verschiedenheit der Individuen, den zahllosen Graden ehelicher Disharmonie, und der Relativität des etwaigen Unglückes einer bestehenden Ehe im Vergleich mit der nach der Scheidung zu erwartenden Situation. Hierüber in concreto zu entscheiden, und das factische Material für die Beurtheilung zu sammeln, dazu sind weltliche wie geistliche Gerichte ein völlig ungeeignetes Organ. Mit weit größerer Sicherheit läßt ein solches Urtheil sich von Denjenigen erwarten, welche die Persönlichkeit der Ehegatten, ihren beiderseitigen Charakter und ihre bisherige Führung der Ehe ohnehin genau kennen oder ohne Verletzung des Anstandes genau zu erkunden vermögen, welche ferner an Bildung und bürgerlicher Lebensstellung den Ehegatten

---

[1]) Puchta Fliegende Blätter Heft I. S. 11. 12.

nahe stehen, und die endlich mit der präsumtiven Theilnahme für das Lebensglück derselben dieses ebenso bei der Frage der Trennung wie hinsichtlich des Anfanges der Ehe abzuwägen wissen. Dies sind eben die beiderseitigen nächsten Verwandten. In ihrem Interesse liegt es, die Ehe, wenn sie nicht schon gänzlich in sich zerfallen ist, aufrecht zu erhalten, und der Willkür der Eheleute mit der Macht des Familiengeistes entgegenzutreten. Sie stehen selbst unter dem Einfluß der guten Sitte, und werden sich hüthen, mit derselben durch ihren Ausspruch in Collision zu treten, weil sie selbst der Tadel und die Verantwortung dafür treffen würde. Ihnen kann der Staat die Wahrung seines eigenen Interesse anvertrauen, denn obschon sie bei ihrem Urtheil das Staatswohl nicht direct im Auge haben mögen, so geht doch jenes Interesse an dem Bestehen einer einzelnen Ehe nicht weiter, als die Rücksichten, nach welchen der Ausspruch der Familie unter der Impression der Sitte erfolgt. Andererseits ergiebt sich aber hieraus, daß für den Consens der nächsten Angehörigen (Eltern oder Großeltern, und nach deren Tode Geschwister), wenn diese nicht vorhanden oder nicht zu erreichen sind oder ihre Einwilligung verweigern, nicht etwa ein Aequivalent in dem Ausspruche von persönlichen Freunden der Eheleute gefunden werden darf, wie es allerdings dann zulässig seyn würde, wenn es nur um Constatirung specieller Thatsachen durch Ablegung eines Zeugnisses, oder um Darlegung einer gutachtlichen Ansicht statt der Anerkennung des sittlich-natürlichen Familien-Interesse sich handelte.

Die Vollbortung der Verwandten darf nicht alle sonstigen gesetzlichen Scheidungs-Requisite ersetzen, wie es geschehen müßte, wenn sie als eigentliches Familien-Gericht zu functioniren hätten; denn weder kann unter ihnen die Mehrzahl das Recht einer dissentirenden Minorität brechen, noch kann ihretwegen die Weigerung eines der Ehegatten ganz unbeachtet bleiben, noch darf die Möglichkeit ignorirt werden, daß sie eine solche Gewalt aus Leichtsinn oder Indolenz zu tadelnswerther Connivenz mißbrauchen könnten. Andererseits kann

auch der Consens der Verwandten zur Bewirkung einer Scheidung nicht unbedingt erfordert werden, weil dies die individuelle Freiheit mündiger Ehegatten durch ein fremdes Belieben vernichten hieße; sondern er kann nur die Bedingungen und Hemmungen erleichtern, welche nöthig sind, wo er fehlt; durch deren Observirung wird hier, wo eine causae cognitio unstatthaft ist und vermieden werden soll, der Consens supplirt, wie es in anderer Form, sofern er verweigert würde, ja auch in Betreff der Eingehung einer Ehe geschehen kann.

Die Entgegennahme und Protocollirung der einseitigen oder beiderseitigen Erklärung in den legalen Formen, die Aufnahme des Consenses der Verwandten, und der Ausspruch der Ehescheidung als Folge der gesetzlich für dieselbe erforderten Requisite, — das Alles sind Acte der cognoscirenden, aber nicht contentiösen Gerichtsbarkeit. Daneben bleibt noch ein beschränkter Stoff für ein eigentlich processualisches Verfahren, d. h. für Subsumirung des einzelnen Falles unter ein gesetzlich speciell zu bezeichnendes factum nach Aufnahme des Beweises und nach Vernehmung der etwaigen gegnerischen Einwendungen. Wenn nämlich die Hemmungen des entscheidenden Willens auf den verschiedenen Stufen (einseitige Erklärung, gegenseitige Uebereinkunft, Consens der Verwandten) die Erreichung seines Zieles nicht übertrieben erschweren, so wird der Vortheil erreicht, dadurch die scandalösen Untersuchungen über Impotenz ꝛc. ꝛc. zugleich absorbiren zu können, ohne daß dafür das bisher geltende Verfahren beibehalten zu werden brauchte. Eine mäßige Prüfungszeit für den Ernst und die Beharrlichkeit des Entschlusses zur Scheidung ist in den meisten Fällen, wo sie in concreto überflüssig erscheinen könnte, eine erträgliche Inconvenienz. Nur dann ist dies anders, wenn die Persönlichkeit nicht anders als durch unverzögerte Aufhebung des sie selbst bedrohenden Bandes gerettet werden kann, wenn also die Scheidung von den mächtigsten aller rechtmäßigen Triebe, dem Triebe der Selbsterhaltung und der Ehre gefordert wird. Deshalb sind die Lebensnachstellung und der Ehebruch zwei specielle und

gesetzlich in der Art auszuzeichnende Scheidungsgründe, daß deren Nachweisung die Ehescheidung, wie bisher, ohne Weiteres rechtfertigen muß. Ein Ehebruch, der ohne Schwierigkeit durch Zeugen oder sonst dargethan werden kann, ist schon an sich ein scandalöser Vorgang; die über ihn gepflogene gerichtliche Procedur erscheint als das geringere Uebel im Vergleich zu der Verweigerung der einzig möglichen Satisfaction für den dadurch gekränkten Gatten. Eben so ist es von selbst klar, daß es keine Rechtspflicht geben könne, sich den Wiederholungen einer erweislichen Gefährdung der eigenen Existenz durch den Gefährten in einer so unnatürlichen Ehe zu exponiren. — An jene beiden Gründe reihet sich ferner der Fall, wo das eheliche Beisammenleben nicht durch jederzeit zu redressirende Willkür, sondern kraft rechtlicher Nothwendigkeit für die ganze Zukunft aufgehoben, oder doch auf einen unverhältnißmäßig langen Zeitraum unmöglich gemacht wird, also die Verurtheilung zu einer mehrjährigen Freiheitstrafe, wobei die Fixirung eines Minimums nach der Zeitdauer zwar nur positiv, aber dennoch zutreffender scheint als die Distinction nach willkürlichen Kategorieen der strafbaren Handlungen. — Endlich ist für die Fälle der böslichen Verlassung an einen bekannten Aufenthaltsort eine besondere Bestimmung nach unserem System weder nöthig, noch ist sie rathsam, wenn die bequemsten Collusionen abgeschnitten werden sollen. Dagegen verdient der ursprüngliche Desertionsproceß mit Edictalladung, der sich von der Scheidung auf einseitige formelle Willenserklärung des Verlassenen nicht wesentlich unterscheidet, deshalb als zuläſſig beibehalten zu werden, weil er dem Abwesenden die Aufforderung verschafft, vor Ausführung des Entschlusses des anderen Theiles sein Unrecht noch zu repariren. — Sonach empfehlen sich als specielle, in Proceßform ohne die sonst erforderlichen Bedingungen auszuführende Scheidungsgründe: Ehebruch, Nachstellung nach dem Leben, Verurtheilung zu einer Freiheitstrafe von gesetzlich zu bestimmender Dauer, und das Ausbleiben eines mit Edictalladung Verfolgten.

Wem, ungeachtet seiner Wissenschaft von dem Vorhandenseyn eines dieser Gründe, die nöthigen Beweismittel nicht zu Gebote stehen, oder es an Neigung fehlt, denselben in gerichtlichen Verhandlungen aufzudecken, dem bleibt die Einschlagung des vielleicht etwas längeren Weges, auf welchem der erklärte persönliche Wille zuletzt zu demselben Ziele führt, unbenommen. Daraus folgt zugleich die Antwort auf die Frage nach Geltung der bisherigen Einreden gegen die Klage wegen Ehebruchs, namentlich der Compensation und Remission. Von einer Tilgung durch Aufrechnung der beiderseitigen Untreue zu reden, würde allerdings dann ungereimt seyn, wenn es sich um die individuelle sittliche Schuld oder um die öffentliche Strafe handelte. Den inneren Grund für die Compensation gegen einen aus dem Vergehen abzuleitenden Privat-Anspruch hat aber schon das Römische Recht, auf welches jene Einrede zurückgeführt wird, bezeichnet. [1]) Derselbe liegt in dem specifischen Charakter der Ehe als Gegenseitigkeit der durch sie verheißenen Treue und ausschließlichen Hingebung. Wer den Ehebruch des anderen Gatten als ein wesentliches Requisit für das Recht sofortiger Scheidung geltend machen will, beruft sich auf die sittliche Norm geschlechtlicher Treue, welche die Gegenparthei binde, und deren Befolgung für ihn (den Kläger) die Bedingung seiner Unterwerfung unter dieselbe Norm durch Eingehung dieser Ehe gewesen sey. Da aber bei einer aus dem Wesen der Ehe zu deducirenden rechtlichen Beurtheilung nur derjenige Maaßstab von mir angelegt werden darf, mit welchem ich mein eigenes Thun messe, so weiset mich der Widerspruch mit mir selbst zurück, daß ich eben jene Norm negirt und

---

[1]) L. 39. D. sol. matrim. (24, 3). "Viro atque uxore mores invicem accusantibus, causam repudii dedisse utrumque pronunciatum est. Id ita accipi debet, ut ea lege, quam ambo contempserunt, neuter vindicetur; paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur." L. 13. § 5. D. ad leg. Jul. de adult. (48, 5). "... Periniquum enim videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigat quam ipse non exhibeat."

mich ihr durch gleiche Untreue eigenmächtig entzogen habe. Zu einem anderen Resultate auf dem Standpunkte des Rechtsschutzes und der gleichwägenden Gerechtigkeit zu gelangen, ist unmöglich. Anders muß freilich von jeder sonstigen Auffassung das Urtheil über das zwangsweise Zusammenhalten von Ehen ausfallen, in welchen die gröbste Untreue nicht nur von einem, sondern von beiden Theilen begangen wird, und in welchen grade diese Verdoppelung des Lösungsmittels das letztere zu einer ehernen Kette verkehren soll. Jede Spur eines sittlichen Verhältnisses kann nicht gründlicher zerstört werden, als wenn beide Partheien in nichts übereinstimmen als in seiner thatsächlichen Vernichtung. Für die Zwecke des Staates bietet ein solcher Zustand nur die völlige Auflösung des ihm wichtigen Familienbandes, ohne die Möglichkeit, daß statt des dergestalt zerrütteten neue geknüpft werden. Die gute Sitte findet für die Uebertretungen des einen Theiles keinen versöhnenden Ersatz mehr in der Standhaftigkeit, womit von der anderen Parthei die Zucht auch dann bewahrt wird, wenn sie nur von einer höheren Auctorität als dem Reciprocitätsprincip gestützt werden kann, sondern sie erblickt nur ein doppeltes Aergerniß, einen zwiefachen Skandal. Deshalb empört dieser Rechtssatz in seiner täglichen Anwendung den gesunden Verstand unserer Schöffen-Richter. Die Lösung des Widerspruchs kann nicht in der Frechheit gesucht werden, mit welcher der Ehebrecher das Unrecht seines Gatten, das er selbst gleichfalls begangen hat, als ein Vorrecht benutzen mögte, um zu einer leichteren Scheidung zu gelangen; sie ergibt sich aber von selbst bei der hier geforderten Möglichkeit, sey es mit oder ohne Consens des anderen Theiles, auch ohne Angabe und Prüfung specieller Gründe die Trennung der Ehe auf anderem Wege als dem processualischen zu erwirken. — Eben so steht es mit der Einrede der Remission, der vorherigen Einwilligung oder nachfolgenden Verzeihung. Einen solchen Verzicht als stillschweigend geschehen durch Leistung der sogenannten ehelichen Pflicht zu fingiren und auf Beweis darüber zu interloquiren, ist freilich nur eine obscöne

Sinnlosigkeit; besser wäre die Festsetzung einer kurzen Verjährungsfrist für Anstellung der Klage nach erlangter Kenntniß von der sie begründenden Thatsache. Davon abgesehen, würde das Princip der Ehre und des Rechtsschutzes, welches die ausnahmsweise Begünstigung einer unverzüglichen Scheidung wegen Ehebruch erklärt und rechtfertigt, evident verletzt werden, wenn ein freiwilliger und ausdrücklicher Verzicht auf dieses Recht ohne Beachtung bleiben, oder wenn das angebliche Ehrgefühl sich wegen eines Vorganges spreizen dürfte, den die eigene Ehrlosigkeit im Voraus zugelassen oder gar veranlaßt hatte. Dagegen wird diejenige Scheidungsprocedur, welche keine anderweite Basis bedarf als den unwiderruflichen Willen, geschieden zu seyn, auch von einem solchen, nur in die Sphäre veräußerlicher Befugnisse fallenden Widerspruche überall nicht betroffen.

Endlich bleibt für die Trennung zu Tisch und Bett bei den hier empfohlenen Sätzen kein Raum und keine Bedeutung übrig. Ihr ursprünglicher Sinn ist nämlich bereits durch den Grundsatz völlig erloschen, nach welchem man von jedem Zwange zum ehelichen Beisammenleben, sey es von Amtswegen oder auf Anhalten eines Theiles, als unstatthaft abstrahirt hat. Seitdem wird durch die richterliche Sanction der factischen Trennung nichts Anderes bewirkt, als was die gutwillige Verabredung beider oder der Entschluß eines der Eheleute ohnehin zu bewirken vermag, und man brauchte jene Sanction nur gelegentlich wegen der Folgen der willkürlichen Separation für einzelne Nebenpunkte anzurufen. Allein keiner Untersuchung und keines richterlichen Ausspruches über den Grad der Entfremdung der Gemüther, vielmehr nur einer Anzeige und Erklärung, daß die getrennte Wirthschaft bis auf Weiteres eintreten oder fortbestehen werde, bedarf es, um über die unter solchen Umständen angemessene Alimentirung der Frau oder über die Zutheilung der vorhandenen Kinder eine richterliche Verfügung nachzusuchen, sofern darüber keine Privat-Vereinbarung zu Stande gekommen seyn sollte. Eben so erwehrt man sich durch polizeilichen Schutz

der Sävitien eines Gatten, nachdem man vor Allem durch körperliche Entfernung sich in Sicherheit vor ihm gebracht hat, in derselben Weise, wie gegen persönliche Angriffe jedes dritten Individuums. Auch cessirt derjenige Werth einer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit verfügten Trennung zu Tisch und Bett, welchen sie als rechtliches Fundament für eine darauf zu bauende Scheidung vom Bande erlangt hatte, sobald die letztere ohne solche Umwege und Fictionen durch einfache, nach Verfluß gewisser Zwischenzeiten bestätigte Willenserklärung zu erreichen ist. Ob eine solche Prüfungszeit passender in der Isolirung oder in äußerer Vereinigung der Eheleute verlebt werde, das ist wieder eine Frage, deren nach den Umständen sehr verschiedene Beantwortung ihrer Natur nach keinem Richter auferlegt werden, sondern dem Ermessen der Betheiligten und dem Rathe der ihnen Nahestehenden überlassen bleiben muß. Die wachsende Zahl solcher Ehepaare, welche durch ihre äußerliche Separirung die innere Entfremdung zur Schau tragen, ist ein ernstes Uebel und ein schweres Aergerniß. Aber ihm kann vom Staate nur durch ein Mittel abgeholfen werden: durch Erleichterung der definitiven Scheidung. [1]) Nur dann kann das freiwillige Getrenntleben der Gatten bei formell fortbestehendem Bande von der Sitte wirksam verworfen werden, wenn es als das erscheint, was es unter jener Voraussetzung seyn würde: als leichtsinnige Frivolität, als Hohn gegen die sittliche und bürgerliche Natur der wahren Ehe, als selbstbeliebte Unmöglichkeit, in eine solche zu treten, als Zwitter zwischen Ehe und Ehelosigkeit.

---

[1]) Dies ist auch im Sinne Luther's (ed. Walch Th. 10. S. 635). "Der Pabst läßt zu, daß er sich von seiner Vertrauten scheide zu Tisch und Bett, aber gestattet's nicht, daß er eine andere nehme. Aber wir geben den Rath, weil das Scheiden von Bett und Tisch ein recht Ehescheiden ist, daß kein Fünklein der Ehe da bleibt; (denn was ist's für eine Ehe, von Tisch und Bett geschieden seyn, denn eine gemalete oder geträumte Ehe?) so mag er wohl eine Andere nehmen, und ist kein Gebot Gottes da."

Wir schließen diese Abhandlung mit den Worten einer sehr besonnenen Kritik des Preußischen Entwurfes von 1842:[1] "Es ist wahrlich nicht mehr die sittliche Erschlaffung des vorigen Jahrhunderts, was zu einer milden Ehegesetzgebung mahnt; es ist vielmehr ein ernster scharfer Geist der Wahrhaftigkeit, der äußeres erzwungenes Beibehalten des ehelichen Lebens mißbilligt, wenn der innere Kern verschwunden ist; es ist ein Geist der Gerechtigkeit, der, so lange namentlich unserer Jugend die rechte freie Selbstbestimmung und persönliche Besonnenheit bei der Wahl des Gatten fehlt, einen Irrthum, der das Leben zerstören kann, nicht unwiderruflich machen will. Man verkenne diesen Geist nicht, als sey er selbst ein frevelnder und leichtsinniger, weil er um Milde bittet."

---

[1]) Deutsche Vierteljahrsschrift Jahrg. 1843. Heft 2. S. 134.

# II.

# Zum Executions- und Concursrecht.

## § 1.

### Tagdingung. Pfändung.

Die Aufgabe der Civilrechtspflege besteht theils in Verwandlung eines bestrittenen oder zweifelhaften Anspruches in ein nicht mehr bestreitbares Rechtsverhältniß durch rechtskräftiges Urtheil; theils in Herbeiführung des diesem Rechtsverhältniß entsprechenden factischen Zustandes durch die Rechtshülfe oder Hülfsvollstreckung. Die letztere muß von Seiten des Staates immer dann gewährt werden, wenn die Selbsthülfe entweder ungenügend oder unerlaubt seyn würde. Der Grund aber, die Eigenmacht für unerlaubt zu erklären, liegt in der Besorgniß, daß durch sie eben so wohl ein rechtswidriger wie ein dem Recht gemäßer Zustand realisirt werden könnte, und zwar nicht nur von Demjenigen, der sich eines solchen Mißbrauchs bewußt ist, sondern auch dann, wenn er überzeugt ist, nur für Verwirklichung seines Rechtes thätig zu seyn. Wenn dieser Ueberzeugung lediglich die Verweigerung der Pflicht auf Seiten des Gegners, oder sein Unvermögen, ihr zu genügen, entgegensteht, so wäre die Gefahr eines maaßlosen und schonungslosen Zwanges vorhanden, weshalb dessen Anwendung den Organen des Staats ausschließlich vorbehalten bleibt; ebensowohl aber kann der prätendirte rechtliche Zustand in dieser seiner Qualität bezweifelt und angefochten seyn. Diese Möglichkeit, in welcher zugleich die engere, daß das Bestreiten ein wohlbegründetes sey, enthalten ist, wird nach modernen Begriffen so vollständig berücksichtigt, daß ihretwegen jede Execution ein vorheriges gerichtliches Verfahren voraussetzt, als Veranlassung für die

Gegenparthei, ihre etwaige Vertheidigung geltend zu machen und sie zur richterlichen Prüfung zu bringen. Die Rechtshülfe erscheint uns nur als letzter Theil des ganzen Proceß-Gebäudes, als dessen möglicher Schlußstein, und wir sind zufrieden, wenn eine Gesetzgebung nur die Betrachtung der Redactoren unseres Statutes gelten läßt: "Dieweil ein jedes Urtheil, so das nicht gebührlich exequiret und vollstrecket wird, wenig Frucht bringet, und die Execution das vornehmste Stück der Justiz ist, so wollen wir ꝛc. [1])

Jener Grundgedanke ist bekanntlich nur durch eine allmählig reifende Kultur und mit der Ausbildung einer staatlichen Ordnung zur Geltung gelangt. Es bedarf kräftig organisirter, stets bereiter und pflichttreuer Behörden, wenn ohne Schaden für das materielle Recht die Selbsthülfe in Sachen des Mein und Dein verpönt seyn, und wenn nicht die schwer zu bekämpfende Sitte hinter den Forderungen des Gesetzes zurückbleiben soll. Die Rohheit sträubt sich, die Möglichkeit zu statuiren, daß dasjenige, was sie für Recht hält, wenn es ihrem Interesse gemäß ist, doch Unrecht seyn könnte; die Energie des subjektiven Bewußtseyns wird stets geneigt seyn, gegnerische Einwendungen als leere Ausflüchte im Voraus abzuschneiden, und, so weit die eigne Kraft reicht, die möglichen Dornen eines langmüthigen Rechtsstreites zu umgehen. Sehen wir, wie unsere einheimischen Rechtsquellen die, für eine Handelsstadt doppelt wichtige Aufgabe gelös't haben, dem friedlichen Verkehr einen zureichenden Ersatz für die ursprüngliche Privatgewalt zu schaffen, deren Ueberreste der Scharfblick unserer Alterthumsforscher noch in den Aussprüchen der geschichtlich beglaubigten Zeit zu verfolgen gewußt hat.

Den unmittelbaren Uebergang zu den Vorschriften des topischen Rechts über diesen Gegenstand werden wir uns durch eine flüchtige Hinweisung auf die Bestimmungen des nahe verwandten Sachsenspiegels bahnen. Die Nothwendig-

[1]) Art. I. tit. 41. P. I. Stat.

keit, hierbei von dem Contumacialverfahren auszugehen, mag vorläufig durch die Bemerkung erklärt werden, daß unsere älteste vollständige Gerichtsordnung, die von 1560, keinen eigenen Abschnitt über die Vollstreckung der Urtheile enthält, hingegen im Titel "vom Ungehorsam des Beklagten" die Wirkungen des processualischen Ungehorsams bis zur Execution einschließlich verfolgt.

Im Sachsenspiegel wird die allgemein lautende Verfügung (I, 67. § 2) "Sve nicht vore ne kumt to deme dridden degedingen, den vervest man" sofort durch die Worte des nächsten Artikels eingeschränkt: "Umme anders nene Klage ne sal man den man vervesten, ane umme die, die an dat lief oder an die hant gat." Hiermit stimmt der Artikel unserer älteren Statuten [1]) überein, wonach wer um Raub oder irgend eine Unthat verklagt wird und auf dreimalige Vorladung nicht erscheint, vor Gericht verfestet werden soll. Ueberdies ist die Bestimmung des Sachsenspiegels (II, 45), daß ein um Ungericht Beklagter, wenn er dingflüchtig wird, verfestet werden soll, in das Stadtrecht von 1270 (IX, 4) aufgenommen, in den späteren Recensionen jedoch weggeblieben. Erst das Statut von 1603 enthält dafür einen Artikel (IV, 19), wonach, wenn Jemand nach gethanem fürsetzlichen Todtschlag aus dieser Stadt und Gebiet flüchtig wird, derselbe durch ein öffentliches Proclam peremtorie citirt, und bei seinem Ausbleiben nach angehörter Klage und geführtem Beweise mit der Verfestung verfahren werden soll.

Abstrahiren wir für unsere Aufgabe von diesen größeren Delicten, die als Friedebrüche an Hals und Hand gehen und gegen den contumax mit Verfestung und Acht geahndet werden, so tritt hinsichtlich aller übrigen Klagen, mit Einschluß solcher kleineren Delicte (Frevel), die mit einer Geldbuße gesühnt werden, die durchgreifende Eintheilung in Klagen auf Schuld und auf Gut hervor, welche noch den Titeln des neuen Statutes von Ungehorsam des Beklagten (I, 16) und

[1]) Stadtrecht von 1270 XII, 11; von 1292 P. 11; von 1497 O, 2.

von Execution der Urtheile (I, 41) zu Grunde liegt, und die beiden Hauptttheile der folgenden Betrachtung bezeichnet, denen sich als dritter die Klagen um verfallene Rente oder Erbzins anschließen.

Da nach dem Sachsenspiegel alle Klagen ordentlicher Weise im echte Ding angebracht werden, welches zu bestimmten Zeiten gehalten wird und in welchem alle Gerichtseingesessene erscheinen müssen, [1]) so beginnt dort bei Klagen um Schuld das Verfahren in der Regel nicht mit einer Vorladung, sondern mit der Imploration gegen den, ohnehin wegen seiner Dingpflichtigkeit anwesenden Beklagten. Hierauf beziehen sich die Sätze: daß Jemand, der, im Gericht gegenwärtig, um Eigen oder Lehn beklagt oder zu Kampf angesprochen wird, bis zum nächsten Gerichtstage auf sein Verlangen Frist erhält, während "um al ander sake dar man den man umme sculdeget, sal he antworden to hant, bekennen oder besaken." (II, 3.) Ferner daß Jemand, der, vor Gericht anwesend, verklagt und dingflüchtig wird, als der Klage überwiesen behandelt wird (II, 45); endlich daß, gegen den vor Gericht Beschuldigten und vom Richter zur Antwort Aufgeforderten, wenn er diesen Befehl dreimal unbefolgt läßt, die Schuld gewonnen ist. (III, 39. § 3.) Daß nur der zweite dieser Sätze in unser Stadtrecht von 1270 (IX, 4) aufgenommen, und auch dieser in den späteren Recensionen verschwunden ist, erklärt sich aus der städtischen Gerichtsverfassung, welcher das ungebotene Gericht in der alten Bedeutung bald fremd geworden zu seyn scheint. — Die gebotenen Gerichte werden nach dem Sachsenspiegel zu dem Zweck vom Richter angesetzt, um Klagen zur Entscheidung zu bringen, die im echte Ding angefangen, aber nicht vollführt waren. (I. 2. 67.) Dies ist also namentlich dann der Fall, wenn im echte Ding eine Klage gegen Jemand erhoben wird, der zwar dingpflichtig ist, aber gleichwohl ausgeblieben war, oder wenn der Beklagte nicht dingpflichtig ist und auch nicht anderweitig im Gericht

---

[1]) Eichhorn Rechtsgeschichte Th. 2. §. 382.

anwesend war, was in früherer Zeit zu den Ausnahmen gehörte und erst später zur Regel geworden ist. Hierüber verfügt der Sachsenspiegel I, 67. § 1. "Svene man vor gerichte (d. h. im echte Ding) beclaget, n'is he dar nicht, man sal ime degedingen to me nesten dinge." Die weitere Ausführung hiervon wird nun zunächst auf Klagen um Ungericht gemacht, wo das Degedingen dreimal, immer über 14 Nächte Statt findet, dann (I, 70) auf Klagen um Gut, und endlich in demselben Zusammenhange, der in den älteren Handschriften auch äußerlich mehr hervortritt, als in den neueren,[1]) auf Klagen um Schuld: "Klaget man aver umme scult over den, die nicht dingplichtig n'is noch (sonst) dar to antworde nicht n'is, man sal ime gebieden von gerichtes halven, dat he gelde over virteinnacht oder die scult mit rechte untrede." Thut er Beides nicht, so soll er dafür gepfändet werden; das Pfand muß der Kläger mit dreimaligem Aufbieten sechs Wochen lang behalten, dasselbe dann zu seiner Befriedigung verkaufen, und wenn der Beklagte sich inzwischen der Schuld nicht entredet hat, so kann er es später nur im Fall der ächten Noth thun. Das erste, was der nicht anwesende Beklagte bei Klagen um Schuld von der Sache erfährt, ist sonach das gerichtsseitig ihm insinuirte alternative Gebot, binnen 14 Tagen den Kläger zu befriedigen oder sich gegen die Klage zu vertheidigen; dann folgt sofort die Pfändung, als eine zunächst nur interimistische Execution, deren Verwandlung in die definitive der Beklagte noch innerhalb sechs Wochen auch ohne Angabe von Ehehaften abwenden kann.

Die Modificationen, mit welchen diese Rechtssätze Anwendung auf die frühere Hamburgische Rechtspflege gefunden haben, hängen mit der untergeordneten Stellung zusammen, in die wir schon im 13. Jahrhundert den herrschaftlichen Vogt gerathen sehn.[1]) Unstreitig stand ihm, als dem verordneten

---

[1]) Vergl. in der Homeyer'schen Ausgabe I, 68. Note b.

[1]) Vergl. besonders Lappenberg Einleitung zu den Rechtsalterthümern S. 20—26.

Richter, anfänglich auch die volle Executionsgewalt zu, deren Ausübung ihm in späterer Zeit nur als gewöhnlichem städtischen Beamten für die Vollstreckung übertragen blieb. Aber in Folge des dem Rathe von dem Grafen verliehenen Antheiles an den Gerichtsbrüchen finden wir den Vogt schon nach dem ältesten Stadtrecht die gerichtlichen Functionen mit zwei Rathmannen theilend, welche zur beständigen Controle über seine Proceßleitung und Entscheidung neben ihn gesetzt sind,[1] und später die Direction des gerichtlichen Verfahrens ihm immer mehr abgenommen haben. Es fragt sich, wie weit schon 1270 der Vogt hinsichtlich der Execution an ein vorausgegangenes gerichtliches Verfahren gebunden war, und wie die concurrirende selbstständige Jurisdiction der ihm beigeordneten Rathmänner entstand? Ersteres finden wir in der bestimmten Vorschrift[2] beantwortet, daß der Vogt die Immission in ein Grundstück nur in Folge eines gerichtlichen Urtheils vornehmen dürfe; aber auch bei der Pfändung wegen Schuld oder Geldstrafe haben neuere Handschriften, wo die älteste des Vogtes allein erwähnt, die beiden Rathmänner neben ihm genannt.[3] Ausdrücklich wird Beides auf gleiche Linie erst von der Gerichtsordnung von 1560 tit. von dem Vagede gestellt: "Gelikergestalt schal ock de Vaget nemandes uthpanden, effte Jemandes in des andern Guder weldigen, idt en sy dan thovorn dorch Ordel und Recht ordentlich erkandt, up dat sick nemandes dat he wedder Recht beschweret werde tho beklagen hebbe." Damals freilich konnte der Vogt nur noch als ein vom Rath ernannter Beamter zur Vollstreckung der ohne sein Zuthun gesprochenen Urtheile bezeichnet werden.[4] Aber schon früher war für Fälle, wo

---

[1]) Stadtrecht von 1270 X, 30 par.

[2]) Daselbst I, 11.

[3]) Daselbst IX, 5. 14.

[4]) Gerichtsordnung von 1560 a. a. O. "Und dewile sonderlich tho Execution der uthgespraken Ordel de Vaget van uns gesettet und besoldet werdt." Vergl. art. 3. tit. 4. P. I. Stat.

er sich weigerte, eine gerichtlich geforderte Pfändung zu vollziehen, es möglich, auf anderem Wege zum Ziele zu gelangen: Stadtrecht von 1270 IX, 6. So we vor rechte boden wert dree dinge, ofte ouer dachding sit, vnde wil de voghet dor vruntschop ofte dor leue to sinen weren nicht gan, vnde wert it deme rade claget; de rad schal den man besenden, vnde darto dwingen, dat he altohand geue pennynghe ofte pand.

Jedenfalls, und zumal, wenn unter "deme rade" hier die beiden Mitglieder des Gerichts zu verstehen sind,[1] liegt in dieser Stelle der Keim für das außergerichtliche Verfahren vor den Gerichtsverwaltern. Gesetzlich erscheint die Competenz des Gerichts für Schuldklagen erst mit dem 16. Jahrhundert geschmälert, und zwar durch die "Ordnung des Processus vor dem Rathe" im Receß von 1529 (art. 11), wonach in Sachen zum Betrage von mehr als 10 Mark jeder Bürger verpflichtet seyn soll, dem Kläger vor dem Rathe zu antworten, weshalb der art. 19 ibid. nur von allen Sachen

---

[1]) Ich glaube dies nach dem Sprachgebrauch des ältesten Stadtrechts annehmen zu müssen. Das Rathscollegium im Gegensatz des Gerichts wird gewöhnlich entweder dat hus, oder de rad vp deme hus (I, 6) genannt, oder de mene rad (I, 11. 14; VI, 11), de gantse rad (I, 13; VI, 21; VII, 3). Daß unter de voghet vnde de rad oder (VII, 12) de rad vnde de voghet nur das Gericht zu verstehen sey, ist unzweifelhaft. Der Vogt wird nach VI, 6 de richter genannt. De ratmanne de vor rechte (sittet) IX, 30 werden VI, 8 als de Rad de vor rechte syt bezeichnet. Es ist überdies aus inneren Gründen wahrscheinlich, daß nach der obigen Stelle das städtische Element des Gerichts eine vorerst nur eventuelle, später erweiterte Concurrenz mit dem Vogt erlangte. A. M. scheint Trummer Vorträge Bd. 2. S. 91. Wenn Schlüter im Commentar zu art. 1. tit. 41. P. I. Stat. bemerkt: "Ist die Sache im Niedergerichte, so wird nicht zu Gericht, weil das Niedergericht dem Vogt nicht befehlen kann, sondern allein per Supplicam ad Senatum die Execution gesucht, wann der Vogt dem Praetori allein nicht pariren will," so erklärt sich dies durch die spätere ganz veränderte Besetzung des Niedergerichts.

unter 10 Mark als vor das "nedderste Recht" gehörig spricht. Aber die nämliche, bald erweiterte [1]) Gränze bestimmt die Gerichtsordnung von 1560 für die Cognition der Bürgermeister und Gerichtsherren auf ihren Hausdielen; sie sollen dort die Sachen unter 10 Mark, wie von Alters her gewöhnlich, ohne allen gerichtlichen Proceß entscheiden, und vermittelst der Pfändung den Leuten helfen, damit ein Jeder das Seine ohne Weitläuftigkeit erlangen möge. Man erkennt hieraus, daß die Rechtshülfe für Schuldforderungen von geringerem Betrage schon früh ihren begünstigten Sitz in der außergerichtlichen Procedur vor dem späteren Prätor oder dem Bürgermeister gefunden haben müsse. Wie genau sich dort das, mit der Tagdingung beginnende Verfahren dem altsächsischen Recht angeschlossen, und welche Veränderungen dasselbe, unter Beibehaltung des Grundprincipes, später allmählig erfahren habe, das würde hier auszuführen seyn, wenn es nicht bereits an anderem Orte [2]) nachgewiesen wäre.

Wir können jedoch nicht bezweifeln, daß eine Anrufung des collegialisch besetzten Gerichts auch wegen Schuldforderungen schon ursprünglich zulässig gewesen und bei höheren Beträgen, abgesehen von der Concurrenz des Rathes, erforderlich geblieben sey. Hier aber beginnt das Verfahren nicht mit der Tagdingung im Sinn des Sachsenspiegels, also dem jetzt sogenannten mandatum cum clausula, sondern regelmäßig mit der Citation, und zwar einer dreimaligen nach unseren älteren Rechtsquellen, [3]) indem erst nach der Gerichts-

---

[1]) Vergl. Receß von 1603 art. 2. a. E. "Ook schal men nemand uthpanden umme daet unde Schuld de nich tho Rechte beklaget unde gerichtlick uthgeföhret is; jedoch schall den präsiderenden Heren Börgemeistern unde Richteheren de Pandungen in Summen, de nich höger syn, den dörtig Marck, unbenohmen syn." Art. 5. tit. 4. P. I. Stat.

[2]) In des Verfassers "drei Artikeln über summarischen Proceß in Hamburg" (1846) S. 5—10.

[3]) Stadtrecht von 1270 IX, 5; von 1292 M, IV; von 1497 C, I; Receß von 1529 art. 11.

Ordnung von 1622 cap. 2. art. 7 schon die zweite Citation die peremtorische seyn soll. Welche Folgen hat nun das Ausbleiben des Beklagten auf die verschiedenen Vorladungen, abgesehen von den Geldbußen, die sich noch bis auf unsere Zeit in der niedergerichtlichen „Mark sonder Gnade" erhalten haben? Es versteht sich, daß zuletzt den Kläger das Contumacialverfahren eben dahin führen muß, wohin er gelangen würde, wenn der Beklagte die Schuld im Gerichte einräumt oder derselben überwiesen wird. In diesem letzteren Fall soll zufolge art. 1. tit. 41. P I. Stat. das Gericht „in dem Urtheile selbst oder auf Anrufung des gewinnenden Theils der verlustigen Partey auferlegen und tagdingen," innerhalb einer bestimmten Frist dem gesprochenen Urtheile Folge zu leisten. Eben so nennt art. 3 ibid. „die Tagdingung, das ist die in dem Urtheile zu der Parition angesetzte Zeit." Es fragt sich aber, ob der Kläger auch beim Ungehorsam des Gegners einen solchen Zahlungsbefehl sine clausula ohne Weiteres erwirkte? Unsere frühere Gesetzgebung und Praxis zeigt in diesem Punkte ein auffallendes Schwanken. Die älteren Stadtrechte scheinen jene Frage zu bejahen, in den Worten: „Wert en man dree werue voreboden, vnde ne kumpt he nicht vore, de voghet vnde de rad scholen to sinen weren gan vnde panden daruth XII schillinge, vnde scholen dar en bouen deme manne rechtes helpen." [1]) Eben so in folgender Stelle: „So we vor rechte boden wert dree dinge ofte ouer dachding sit, vnde wil de voghet dor vruntschop ofte dor leue to sinen weren nicht gan, vnde wert it deme rade claget: de rad schal den man besenden, vnde darto dwingen dat he alto hand geue pennynghe ofte pand." [2]) An das Ausbleiben auf die dritte Vorladung wird hier eben so wie an das über Dachding sitzen die Execution als unmittelbare Folge geknüpft. Dagegen ist im Stadtrecht von 1497 C, II die letztere Stelle folgendermaßen verändert:

---

[1]) Stadtrecht von 1270 IX, 5 par.

[2]) Daselbst IX, 6; von 1292 M, V.

We vor gherychte gheboden wert dree dynghe, vnde wyl de vaghet dorch fruntschop efte dorch leue tho syner were nycht ghan, vnde wert yd deme rade claghet: de rad schal den man besenden, vnde dartho dwinghen dat he altohant gheue pennynghe edder pant vor de schulde der me bekent vnde thosteyt edder de me bewysen mach.
Tuth men ok op neen bewyß, so mach de beclagede syck weren myt syneme eede; deyt he des nycht bynnen verteyn daghen, so schal men deme clegere beredynghe don myt panden ofte pennynghen.
Deme ghelyken schalmen don vthe den weren desjennen, de drye auer dachdynghe syt,[1]) vnde erganghen ordele vnhorsam erschynet.

Hier zeigt sich also schon im Wesentlichen die moderne Theorie: das Ausbleiben des Beklagten nöthigt den Kläger, seine Forderung zu beweisen; in Ermangelung von Beweismitteln kann der Beklagte die Forderung abschwören, und erst nachdem er sich auch mit diesem Eide contumaciren ließ, kommt es zur Execution, wie bei der Nichtbefolgung des auf contradictorische Verhandlung gesprochenen Urtheils. Aber schon das älteste Stadtrecht läßt (I, 15) gegen einen Abwesenden, der auf die schriftliche Vorladung nicht erscheint, die Vollstreckung in sein hiesiges Grundstück nur wegen desjenigen zu, "so wat men vp eme tugen mach," weshalb die Redaction von 1497 (H, XII) hier nur die weitere Beschränkung hinzufügt, daß, wenn der Kläger keinen Beweis unternehmen will, dem abwesenden Beklagten vorerst die Vertheidigung mittelst seines Eides freigestellt werden soll. Jene

---

[1]) Statt der hier zuerst erwähnten dreimaligen Tagdingung spricht der Artikel C, IV von einer zweimaligen, je über 14 Tage. Vergl. art. 3. tit. 41. P. I. Stat. "Es ist zwar hiebevor zweifelhaftig gewesen, ob die Tagdingung . . . vor der wirklichen Execution im Niedergerichte zu dreyen Gerichtstagen solle afterfolget und beleget werden. Dieweil Wir aber spüren, daß solches keinen Nutzen hat, . . . so soll hinführo solche Afterfolgung der Tagdingung in den gesprochenen Urtheilen abgeschafft seyn."

beiden Stellen sind in der Gerichtsordnung von 1560 zusammengezogen; im Titel von der Citation wird zwar den Gerichtsherren freigestellt, den abwesenden Beklagten in einer peremtorischen Citation "bei Verlust der Sache" vorzuladen, allein der Titel vom Ungehorsam des Beklagten verfügt: "So averst umme Schult geclaget worde, und de Beclagede inheimisch were und de Rechtsdage ungehorsam uthbleve, effte so einer de uthheimisch were mit einer schrifftliken Citation peremtorie gefordert worde und gelikewol nicht erschene, darmit schal idt am nedderſten gerichte geholden werden wo von olders gewontlich, und mach de Cleger syne Clage gerichtlich updecken, und syn Bewieß vorleggen, darup scholen ehme vor syne schult uth des Beclageden wehren genochsame Pande dorch den Vaget vorrecket werden." In Ermangelung des Beweises geht noch (wie früher) die Gestattung des Eides für den Beklagten vorher. "Und schal suß ferner in allen und isliken saken, wenner de Beclagede wo baven vormeldet ungehorsamlich uthebliefft, in Gerichte des Clegers Notturft gehöret, und gelick offt de Krich dorch des Beclageden antwordt bevestiget, syn Bewiß gehöret, und darup wat Recht und billich is erkandt werden." Unstreitig hat man hierbei die Vorschriften der Kammer-Gerichtsordnung von 1555 Th. 3. tit. 43. vor Augen gehabt. Indessen schrieb schon der Receß von 1529 für den Proceß vor dem Rathe (art. 11) vor: der zweimal nicht erschienene Beklagte solle zum dritten Mal citirt werden, "tho sehende unde tho hörende wo de kläger syne sake will wahr maken, unde darup, wenn de sake so wahr gemaket is, will E. E. Raht dem kläger Rechtes helpen, de Beklagede queme tho Rechte edder nich." Auch die Langenbeck'sche Glosse zu C, 1 bestätigt es, was sie als unbillig und dem Sinn der Stelle widersprechend bezeichnet, daß man, wenn dem ausbleibenden Beklagten die Geldbuße von 12 ß abgepfändet sey, von dem Kläger noch einen Beweis über die eingeklagte Schuld fordere.

Das neueste Stadtrecht drückt sich wieder unbestimmt über diesen Punkt aus (art. 1. tit. 16. P. I). Blieb der Be-

klagte auf die peremtorische Ladung, welche bei Verlust der Sache ergehen soll, aus, "so mag der Kläger seine Klage fürtragen, und seinen Beweis, da er einigen hat, produciren, des Beklagten Ungehorsam beschuldigen, und seine Klage ... auf des Beklagten gespürten Ungehorsam vor bekandt anzunehmen und ihm die Execution zu ertheilen bitten. Darauf nach angehörter des Klägers Nothdurft, gleich als wann durch des Beklagten Antwort der Krieg Rechtens befestigt wäre, der Beklagte der Sachen verlustig soll erkandt, und gegen den Ungehorsamen mit der Execution verfahren werden." In der Praxis hat dieser, von der Gerichtsordnung von 1711 wörtlich wiederholte Satz sehr abweichende Anwendungen erfahren. [1])

---

[1]) Von den Commentatoren bemerkt Bürgermeister Möller, welchem die Redaction dieses Titels übertragen war: "In antiquo Statuto, vel potius vigore inveteratae consuetudinis, reus citatus et non comparens pro convicto habebatur ac causa cadebat, prout de jure Saxonico observatur." Weil dies zu hart erschienen sey, so habe man nach Analogie des Sächsischen Processes dem Beklagten noch eine Frist zur Geltendmachung etwaiger Ehehaften in dem Artikel verstattet. — von der Fecht zu den Worten "da er einigen hat": "Si non habet, tamen condemnatio sequitur, cum contumax habeatur pro confesso; contra confessum autem fertur sententia." — Dagegen Langenbeck: "Adde und Beweis. Denn non obstante contumacia muß Kläger fundamentum actionis probiren und Beweis führen, ehe in contumaciam erkannt wird. Ob solam contumaciam enim, actore non probante, reus causa cadere non debet." — Schlüter: "Hieraus folget, daß Kläger nothwendig Beweis führen müsse, ehe Beklagter in contumaciam condemniret wird. Dessen aber ohngeachtet wird gemeiniglich sowohl im Ober- als Niedergericht alsofort in contumaciam der reus condemniret, ohne dem actori einen Beweis zu injungiren, welches vermuthlich noch aus dem Sachsenrecht herrühret. Jedoch sind auch exempla in contrarium." — Anderson v. seinen Beweis: "Wird in inferiori nicht allemal erfordert, sondern jezuweilen reus in contumaciam condemniret. In superiori aber wird diesem Artikel gemäß interloquiret, und folgends erst definitive gesprochen, welches auch dem art. 11. Rec. de 1529 conform." — Vergl. noch Krieger introd. in Prax. cap. 3. §21.

Nach einem niedergerichtlichen Präjudicat von 1796 [1]) muß sich damals die Theorie des J. R. A. schon völlig bei uns fixirt haben. Das Nähere hierüber würde aus den noch vorhandenen Urtheilsbüchern zu ermitteln seyn.

Die Tagdingung bezeichnet stets einen Termin von genau bestimmter Zeitdauer. Daß dieser Termin ursprünglich dort, wo die Tagdingung das Verfahren eröffnet, also für die außergerichtliche Procedur der Gerichtsverwalter, ein kürzerer als der regelmäßige von 14 Tagen hätte seyn können, sind wir nicht berechtigt anzunehmen, vielmehr gehören solche Modificationen erweislich einer weit späteren Zeit an. [2]) Die Vorschriften unserer älteren Statute müssen deshalb von dem durch Vorladung eingeleiteten Verfahren vor Gericht, und von der Frist verstanden werden, welche die wirkliche Vollstreckung noch von der definitiven Verurtheilung trennt. In mehreren Klassen von Fällen sollte diese Frist nur "über Queernacht", also bis vor Ablauf des nächsten Tages gewährt werden. Dahin gehören zunächst alle Fälle, wo entweder beide Partheien oder auch nur eine Parthei zu den "Gästen" gehört, d. h. sich nur vorübergehend hier aufhält, [3]) wogegen nach einem Zusatz der mittleren Recensionen diejenigen Fremden, welche sich hier von einer Zeit zur anderen aufzuhalten pflegen, in dieser Hinsicht gleich unseren Bürgern behandelt

---

"Maxima differentia est inter contumaciam quae sequitur poenam *prae*clusi, et eam quae comitatur tantum poenam *con*clusi. Priore casu, quando reus exceptiones s. p. praeclusi injunctas non edidit, conclusis actis in contumaciam pronunciatur ad totam causam juxta actoris petita."

1) Bei Anderson Hamb. Privatrecht Th. 5. S. 289. "Daß, da Beklagter auf die ihm gehörig insinuirte Citation nicht erschienen, nunmehr lis pro negative contestata anzunehmen, und Kläger den Grund ihrer Klage in 4 Wochen s. p. desert. zu erweisen schuldig."

2) Vergl. drei Artikel über summ. Proceß a. a. O.

3) Stadtrecht von 1270 IX, 14 par.

werden sollen. Ferner bei fälliger und eingeklagter Haus- oder Gartenmiethe, es sey denn, daß der Miethsmann mit Erlaubniß des Hausherrn vorher ausgezogen war, in welchem Fall die Zahlungsfrist dieselbe ist, wie bei anderen Schulden.[1]) Endlich zufolge IX, 14 des ältesten Stadtrechts "umme lenede pennynge vnde vmme bewisede pennynge schal men jewelkeme manne dachdingen ouer dwernacht." Das Stadtrecht von 1292 setzt hinzu "vnde umme pennynghe der ein man vor gherichte vortughet wert." Da der Ausdruck bewisede p. diesem Ueberzeugen entgegengesetzt wird, so scheint dabei, falls man nicht an die leibliche Beweisung im Sinne der Glosse zu Sachsenspiegel I, 15 denken darf, ein urkundlicher Beweis durch Handschrift verstanden werden zu müssen; eine so gesicherte Forderung nebst jeder Darlehnschuld soll also die nämliche Begünstigung genießen, wie später jede Forderung, deren der läugnende Beklagte durch Zeugen überführt wurde.

Von diesen Ausnahmen abgesehen, beträgt die Zahlungsfrist schon nach den älteren Rechtsquellen[2]) 14 Tage. Dieselbe ist im neuesten Statut (art. 1. tit. 41. P. I.) nur bei Summen über 1000 Rthlr. auf 4 Wochen, in der Gerichtsordnung von 1711 tit. 51. art. 1 allgemein auf resp. 3 und 6 Wochen erweitert, und hier auch die Ansicht der Commentatoren bestätigt, daß die Frist von Publication des Erkenntnisses, nicht von seiner Rechtskraft an zu rechnen sey. Die neuere Praxis befolgt jedoch diese letztere Computation, und hat dagegen die Frist sub poena Executionis allgemein auf acht Tage verkürzt. — Indessen schließt sich dieser Frist, nachdem dieselbe verstrichen ist, von jeher mindestens noch eine

---

[1]) Daselbst I, 9 par.

[2]) Daselbst IX, 14 par. Vergl. Sachsenspiegel II, 5. § 2. "Over virteinnacht sal man scult gelden de man vor gerichte gewint." Schlüter in dem (ungedruckten) Tractat vom Amte eines Gerichtsverwalters Th. I. tit. 4. § 32 führt aus einer etwa 200 Jahr alten Hamb. Gerichtsordnung die Stelle an: "Item welckem Manne dagdinget wert, de schal gelden binnen 14 Dagen."

zweite an. Nach der ältesten Handschrift des Stadtrechts von 1270 soll dieselbe 8 Tage betragen, nach den Handschriften von 1276 und 1292 nur über Quernacht, nach der Redaction von 1497, die überdies die dreimalige gerichtliche Aufrufung der Tagdingung zu statuiren scheint (E, II), von Neuem 14 Tage. Bemerkenswerth ist aber, daß die Göttinger Handschrift schon die drei successiven Fristen von 14, 8 Tagen und der Quernacht aufstellt, welche der späteren Praxis genau entsprechen. Die letztere mogte ihre Stütze in dem art. 5. tit. 41. P. I. Stat. finden, wonach, wenn die in dem Urtheile angesetzte Zahlungszeit verflossen, der Vogt den verlustigen Theil ermahnen soll, dem Urtheil Genüge zu thun. Diese Ermahnung wird durch die Niedersächsische Wahrschauung bezeichnet, von welcher das Idioticon Hamb. bemerkt: "Wenn nämlich der terminus executionis verstrichen, so thut der Gerichtsvogt durch seinen Diener acht Tage vor der wirklichen Hülfe, annoch bei dem Schuldner die Wahrschauung." Wenn einzelne Schriftsteller des 17. Jahrhunderts [1]) auf die Wahrschauung ohne Weiteres die Execution folgen zu lassen scheinen, so bezeugen dagegen andere, daß bald nachher die Quernacht als drittes und letztes Stadium allgemein eingeführt war. [2]) Wie aus dem summarischen Proceß vor den

---

[1]) Namentlich von der Fecht zu art. 1. Schreining zu art. 3. tit. 41. P. I. Stat.

[2]) Krieger introd. in prax. cap. 2. § 19. Schlüter zu art. 5. tit. 41. P. I. "Wann der terminus executionis vorbei, so thut der Gerichtsvogt durch seinen Diener 8 Tage vor der wirklichen Hülfe annoch die Warschauung, und wann die 8 Tage vorüber, so wird noch einmal die Quernacht angedeutet oder verstattet, solchergestalt, daß dem verlustigen Theile noch 24 Stunden vergönnt werden, um die Zahlung gütlich zu thun." Müller ibid. und zu art. 1 v. in dem Urtheile und zu art. 3. tit. 4. P. I. Schuback vom richterlichen Amte Sect. 2. cap. 11. § 7. Die im Jahr 1777 und 1779 entworfene Instruction für den Gerichtsvogt weis't ihn an, die gerichtlichen Urtheile zur Execution zu bringen, dergestalt, daß nach abgelaufener a die insinuationis sententiae anzurechnen-

Präturen später die Tagdingung, so ist aus dem Executionsverfahren umgekehrt in neuerer Zeit die Warschauung verschwunden, die Quernacht aber als letzte Warnung nach verflossener Zahlungsfrist noch durch die Verordnung über das Verfahren vom 29. December 1815 art. 34 gesetzlich sanctionirt: "Alle erkannten Executionen läßt der Herr Prätor nach vorgängig insinuirter Quernacht vollstrecken." Nach der Instruction für die mit den Pfändungen beauftragten Prätur-Offizianten vom 2. Januar 1828 (§ 12) muß jede Pfändung, wenn solches irgend möglich und nicht zu viele Executionen auf einmal angeschrieben sind, 24 Stunden nach insinuirter Quernacht vollzogen werden.

Es ist natürlich, daß durch die Execution der Gläubiger, so weit möglich, in dieselbe Lage versetzt wird, die er sich ohne gerichtliche Hülfe durch Eigenmacht verschafft haben könnte, und in einer früheren Zeit wohl wirklich zu verschaffen trachtete. Dies ist aber seltener der Verkauf mit Compensation der Schuld oder die vertragsmäßige Hingabe an Zahlungsstatt, wobei eine selbstthätige Mitwirkung des Schuldners vorausgesetzt, und wodurch diesem überdies sein Eigenthum unwiderruflich entzogen wird, sondern das von ihm hingegebene oder ihm abgenommene Pfand, dessen Besitz den Gläubiger vorgängig wegen seiner Forderung sicher stellt, und doch dem Schuldner die Möglichkeit baldiger Wiedereinlösung freiläßt. Ob unsere Vorfahren sich des Versatzes von fahrender Habe als Sicherheit für ein erst zu contrahirendes Schuldverhältniß häufig bedient haben, mag unerörtert bleiben, da das Stadt-Schuldbuch und der Rentenkauf diesem Zwecke gleichfalls zur Vermittelung dienten. Ob aber für eine bereits fällig gewordene Forderung dem Gläubiger in

der resp. 14tägiger und 4wöchiger Tagdingung dem Exequendo annoch die Warschauung anzudeuten, nach verflossenen desfalls laufenden 8 Tagen aber, und wenn außer diesen die Quernacht von 24 Stunden expiriret, mit der wirklichen Execution und Pfändung verfahren werde. Anderson Privatrecht Th. 4. S. 10.

Ermangelung von Zahlungsmitteln ein Pfand gesetzt, oder ob es ihm wenigstens nach geschehener Ausklagung eingeräumt oder gerichtlich erzwungen wurde, das begründete für diejenigen Formen keinen Unterschied, durch welche der so erzeugte interimistische Zustand in einen definitiven verwandelt werden konnte. Der Beginn dieser Procedur wird in der Hauptstelle hierüber [1]) an den nächstfolgenden Gerichtstag geknüpft, und somit deutlich genug bezeichnet, daß darin nicht zunächst von den Fällen der Contrahirung einer Schuld gegen reale Sicherheit (Weddeschat) die Rede ist, worauf freilich jene Bestimmungen analoge Anwendung gefunden haben. — Die Grundsätze über das Verfahren bei Mobiliar-Pfändungen lassen sich durch folgende Bemerkungen erledigen.

1. Die abgepfändeten Gegenstände wurden früher dem Gläubiger selbst eingeliefert, wodurch sein Verhältniß das nämliche wurde, wie wenn er ohne richterliche Hülfe gepfändet hätte. Dies sollte noch nach dem Stadtrecht von 1603 (art. 5. tit. 41. art. 1. tit. 42) geschehen, und die Schriftsteller rügen es als einen Mißbrauch, daß die Pfänder statt dessen manchmal vom Gerichtsvogt oder in einem dafür bestimmten Lokale asservirt würden. [2]) Jedoch erwähnt bereits der Actuar Müller, daß statt der Auslieferung dem Gläubiger nur die Designation der gepfändeten Güter gegeben, die Pfänder aber ihm zu gut aufs Pfandhaus in Verwahrung gebracht werden könnten, [3]) und diese Aenderung stützte sich

---

[1]) Stadtrecht von 1270 I, 14; von 1292 C, X; von 1497 H, IX.

[2]) von der Fecht zu art. 5. tit. 41 bemerkt: "Ergo soll der Gerichtsvogt die executa nicht zu sich nehmen und nach seinem Hause schleppen; da folgen dann arresta &c. auf, welches unrecht." — Langenbeck: "Wäre sehr gut, daß die Extradition allemal geschehe, so verdürben und vermoderten so viele Pfände nicht im Pfandhause, andere Unrichtigkeiten zu geschweigen."

[3]) Schlüter zu art. 3. tit. 4. P. I. sagt: Heut zu Tage behält sie der Gerichtsvogt gemeiniglich in Händen bis zur öffentlichen Verkaufung; wenn aber die Partheien darauf dringen, so ist er schuldig, sie herauszugeben.

auf die Vorschrift der Gerichtsordnung von 1711 tit. 51. art. 4: "Es soll resp. E. E. Rath, den Bürgermeistern und Gerichtsverwaltern hiemit unbenommen seyn, vorkommenden Umständen nach das Executum ad sequestrum bringen zu lassen, welches aber den Partheien an ihrem Executionsrecht unpräjudizirlich seyn soll; in Betrachtung, daß derjenige, so die Execution verrichten läßt, auf das Executum alle Wege ein Eigenthum erlanget haben soll, falls niemand besseres und näheres Recht daran zu haben dociren kann." Eine solche gerichtliche Sequestration gilt jetzt für allein zulässig; nach der Instruction wegen der Pfändungen vom 2. Januar 1828 sollen unter Verantwortlichkeit der Officianten werthvolle Sachen, welche wenig Raum einnehmen, in die Depositenlade abgeliefert, mehr Platz erfordernde Gegenstände aber nach dem zur Aufbewahrung der gepfändeten Sachen bestimmten Lokale gebracht und daselbst asservirt werden (§ 10). Auf das Rechtsverhältniß muß übrigens diese Veränderung ohne Einfluß bleiben, wie auch in der Gerichtsordnung von 1711 zugesichert wurde; namentlich kann nach vollzogener Pfändung ein Arrest nur die etwaige hyperocha afficiren, und der Concurs des gepfändeten Schuldners den Gläubiger nicht an seiner Befriedigung aus den Pfändern hindern.

2. Hinsichtlich der Auswahl der zu pfändenden Gegenstände enthalten unsere Rechtsquellen nur spärliche Vorschriften. Nach art. 5. tit. 41. Stat. soll dabei vornehmlich in Acht genommen werden, welches Gut zum füglichsten könne verkauft und der Kläger zum schleunigsten zur Bezahlung verholfen werden. Erst dann, wenn weder andere fahrende Habe noch auch Immobilien oder ausstehende Forderungen und sonstige Activa zureichend vorhanden sind, durften nach art. 10 zuletzt des Schuldners Kriegswehren, womit er zu Wall erscheinen soll, [1]) ferner der Handwerks- und Arbeitsleute Werkzeug

[1]) Die Abpfändung dieser Gegenstände war in der Bursprake Thomae art. 2 für unstatthaft erklärt.

und Instrumenta, womit sie ihre tägliche Nahrung gewinnen müssen, so wie das Vieh und Ackergeräth auf dem Lande [1]) angegriffen werden. Diese, auch 1711 bestätigte, Schonung wurde durch die Verordnung von 1828 aufgehoben. Nach ihr (§ 7) soll der Officiant zwar vorzugsweise Gold, Silber und Prätiosen, sodann Waaren aller Art, Leinengeräth und werthvolle Möbeln pfänden, in deren Ermangelung aber ohne Weiteres auch Betten und Handwerksgeräth, oder solche Sachen, die der Schuldner bei Betreibung seines Gewerbes gebraucht. Nur die nothdürftigen Kleider und Betten für sich und die Seinigen werden dem zu Pfändenden gelassen; bei Aussetzungen hat jedoch der Vermiether auch die Wegnahme der Betten des Miethlings zu verlangen.

3. Die sechswöchentliche Frist, während welcher nach dem Sachsenspiegel (I, 70) der Gläubiger das Pfand behalten muß, wird durch den dreimaligen Versuch, je über 14 Tage, ausgefüllt, ob Jemand das Pfand verbürgen, d. h. für den Schuldner gegen Uebernahme der Bürgschaft einlösen wolle. Es ist zweifelhaft, ob die dreimalige Aufbietung in unseren älteren Statuten ursprünglich denselben Zweck hatte, oder ob durch sie nur bekannt gemacht werden sollte, daß der Inhaber Willens sey, das Pfand zum Verkauf zu bringen. [2]) Daneben wird noch vorgeschrieben, daß der Gläubiger auch dem Schuldner das Pfand anbieten, d. h. ihn vor Zeugen zur Einlösung auffordern sollte. Nur in den Fällen, wo ausnahmsweise nicht erst über 14 Tage, sondern sofort über Quernacht getagdingt wurde, sollte der Gläubiger von der Aufbietung nach den mittleren Remesionen [3]) dispensirt seyn. Die Aufbietungsfristen vor Gericht sind gleichmäßig die von 14, 8 Tagen und über Quernacht noch in dem neuesten

---

[1]) Vergl. L. 7. S. C. quae res pignori (8, 17) Const. Friderici Imp. de statu lib. § agricult.

[2]) Dies lehrt Albrecht Gewere S. 133. Trummer Vorträge Th. 2. S. 172.

[3]) Stadtrecht von 1292 M, 11; von 1497 C, 4.

Stadtrecht (art. 1. tit. 41) geblieben. Zuerst scheint, nach dem Zeugniß der Commentatoren Schlüter und Müller h. l. die mittlere dieser Fristen, dann auch die Quernacht aus der Praxis verschwunden zu seyn; die Aufforderung an den Schuldner, die Pfänder unter dem Präjudiz des Verkaufes derselben einzulösen, welche früher einen Zeitraum von 14 Tagen ließ, ist durch die Gerichtsordnung von 1711 (tit. 52. art. 1) schon auf 8 Tage verkürzt worden. [1])

4. Es ist auffallend, daß die älteren Handschriften des Stadtrechts von 1270, wie auch die Stader Statuten (I, 10) es für des Gläubigers Schaden erklären, wenn er aus dem Pfande weniger lösen würde, als seine Forderung beträgt, wogegen er bei uns von jeher zur Herausgabe der hyperocha verpflichtet wurde. Die Distraction selbst war aber früher an keine weiteren Formen gebunden; der Gläubiger sollte das gehörig prosequirte Pfand verkaufen dürfen, an wen er wollte. Auch das neueste Stadtrecht wies den Kläger an, die Pfänder, wenn es Kaufmannswaaren seyen, dem dermaligen gemeinen Werthe nach, also unter der Hand zu verkaufen. Nur Prätiosen, Hausgeräthe, Kleider oder besonders werthvolle Gegenstände sollten durch den Auctionarius (Ausminder) öffentlich feilgeboten werden. Die Praxis des vorigen Jahrhunderts in Uebereinstimmung mit dem Entwurf der späteren Gerichtsordnung führte diesen öffentlichen Verkauf allgemein ein, und schaffte dagegen die vorgeschriebenen drei verschiedenen Versteigerungstermine ab, weil es schon am ersten Tage nach der vorherigen öffentlichen Notification nicht an Kaufliebhabern fehlte. Aus demselben Grunde, und weil es dem Kläger freistehe, selbst mit zu bieten, wurde die Vorschrift nicht weiter beachtet, daß in Ermangelung eines Gebotes das Pfand durch Sachkundige taxirt, und dem Gläubiger auf sein Verlangen um den Taxationspreis zugeschlagen werden solle.

---

[1]) Vergl. Klefeker Bd. 3. S. 653.

## § 2.

## Vollstreckung in Immobilien.

Immobilien können aus einem dreifachen Grunde ein Gegenstand der Execution werden: entweder weil auf ihre Uebertragung an ihn das zu vollstreckende Recht des Klägers von Anfang an gerichtet war; oder sofern das Grundstück mit einer Leistung seines Inhabers auf specielle Weise verknüpft gedacht wird; oder endlich als Vermögensobject, das zur Befriedigung für eine Forderung auf ähnliche Weise wie die fahrende Habe dienen kann. Wir berühren zuerst den ersten Fall, die Klagen auf unbewegliches Gut.

Bei der Uebertragung von Immobilien unterscheidet das Hamburgische Recht, wie das Deutsche überhaupt, zwei der Zeit und der Bedeutung nach verschiedene Momente: die Tradition oder Einräumung des factischen Besitzes, und die öffentliche Auffassung oder Resignation, über welche letztere das schriftliche Protocoll uns aus früher Zeit erhalten ist. [1]) Da die Verlassungen bei uns schon früh dem Rathe zugetheilt waren, [2]) und vor ihm im Fall des Verkaufes oder der Verpfändung von Grundstücken vorgenommen werden sollten, [3]) so hängt es hiermit zusammen, daß ursprünglich auch die wirkliche Besitzübertragung oder Weldigung gerichtlich nicht ohne sein Vorwissen und seine Genehmigung geschehen sollte. Der Vogt darf nach dem ältesten Stadtrecht, I, 11, Niemanden, der das Grundstück des Anderen gekauft oder versetzt erhalten zu haben behauptet, in dies Grundstück immittiren ohne gerichtliche Befugung. Dieser, auch im Sachsenspiegel

---

[1]) Liber actorum coram Consulibus in resignatione hereditatum de anno 1248(—1274) abgedruckt in der Zeitschrift des Vereins für Hamb. Geschichte Bd. I. S. 329 folg.

[2]) Lappenberg Rechtsalterthümer Einleitung S. 22. 23.

[3]) Stadtrecht von 1270 I, 6. 13.

II, 24 ausgesprochene Grundsatz wird aber dahin erläutert, daß der ganze [1]) Rath es in solchem Fall für Recht erklären müsse. Eben so wird I, 14 die gerichtliche Ueberlieferung eines zum Pfand gesetzten Grundstückes davon abhängig gemacht, daß dessen vorherige gerichtliche Prosecution dem menen Rade bekannt geworden sey. Es zeigt sich schon hierin die juristische Einheit des Rechtsactes, dessen beide Elemente (Tradition und Auflassung) zur Erreichung des nämlichen Zweckes concurriren müssen.

Die zu erzwingende Besitzeinweisung geschieht durch Vogt und Rath, d. h. durch das Gericht; eine symbolische Immission, namentlich durch Ringlieferung, wird in keiner unserer Rechtsquellen für diesen ersten Hauptfall erwähnt, bei welchem der Kauf als Repräsentant aller zur Uebertragung verpflichtenden Rechtsgeschäfte genannt ist, und wir befugt sind, die bei der Pfandsetzung speciell erwähnte Form auch auf andere Veranlassungen zu beziehen. Diese Form besteht nach dem älteren Recht darin, daß das Gericht dem Beklagten in drei durch 14 und 8 Tage getrennten Zwischenzeiten gebietet, sein Erbe zu verlassen; die Nichtbefolgung zieht jedesmal eine Strafe von 3 Pfund nach sich. Beim dritten Mal heißt es in den ältesten Handschriften: Sit he dar enbouen darynne, he sit uppe synes sulues hals, d. h. der Kläger darf sich nun in Besitz setzen, und jeder von dem bisherigen Inhaber ihm opponirte Widerstand gilt als Friedensbruch. [2]) Statt dessen

---

[1]) Dies Beiwort ist schon 1292 C, 7 verschwunden, und dadurch wenigstens zweifelhaft geworden, ob solche Klagen nicht auch vor dem Gericht angestellt werden konnten, welchem ausschließlich das Stadtrecht von 1603 (art. 1. tit. 12. P. I) die Civilsachen belangend Erb und Eigen, derselben Verfolgung ꝛc. zuweis't.

[2]) Vergl. Albrecht Gewere S. 70. 71. — Interessant ist hier die Vergleichung mit den Stader Statuten von 1279 ed. de Grothaus. Die Strafe desjenigen, der das Erbe nicht räumt, ist für jeden der drei Termine ein Pfund. Weil aber damit die Procedur der Exmission noch nicht am Ziele war, so findet sich hinter dem Titel I ein neuerer Zusatz, des Inhalts: man soll dem ungehor-

haben schon die Handschriften von 1276 die, jede Selbsthülfe abschneidende, Auskunft: "unde sit he dar enbouen, so schal en dat richte by der hand daruth leyden," ein die Real-execution bezeichnender Ausdruck, der sich durch die späteren Recensionen bis in die Gerichtsordnung von 1711 (tit. 52. art. 4) erhalten hat. Der modernen Ansicht, welche hier die Anwendung gerichtlichen oder polizeilichen Zwanges ohne weitere Umstände unbedenklich finden würde, [1]) entspricht schon der art. 4. tit. 41. Stat. "Wenn der Kläger auf ein Haus, Garten, Acker oder andere liegende Gründe, die noch vorhanden, geklaget, und das Eigenthum mit Urtheil erhalten hat; in solchem Falle kann der verlustige Theil sich mit Gelde, Bürgen oder Pfanden nicht entsetzen, sondern ist schuldig, nach Verlauf der in dem Urtheile benannten Zeit dieselbe abzutreten, oder wir wollen den Kläger in das geklagte Gut durch den Vogt immittiren lassen."

Wenn die Correctionen am Schluß der letzteren Stelle den Zusatz vorschlagen "und damit das plenum dominium anweisen lassen," so bezieht sich dies auf den Gegensatz zu dem eigenthümlichen Contumacialverfahren bei Klagen auf individuell bestimmte Gegenstände, welches in der Geschichte unseres topischen Rechts nur transitirt, d. h. den ältesten Quellen eben so unbekannt zu seyn scheint, wie der heutigen Praxis, und in dieser directen Anwendung wenig Wurzel bei uns gefaßt hat. Schon nach dem Sachsenspiegel I, 70 soll bei Klagen auf Gut der Kläger nach dreimaliger Vorladung des Beklagten in dasselbe immittirt werden, und binnen eines Jahres kann dann der Beklagte sein Gut eidlich

samen Beklagten die Were zunageln bis er gehorcht, also bis er sich erbietet auszufahren; so oft er die Were aufbricht, soll er 3 Pfund bezahlen oder für je 3 Pfund 6 Wochen bei Wasser und Brod im Gefängniß sitzen, — ein Verfahren, das darauf berechnet war, den Hartnäckigsten zu ermüden.

[1]) Eine solche Aussetzung "ohne Ceremonien" erwähnt als zuläßig schon Müller zu art. 3. tit. 42. Stat. (p. 224).

ausziehen. Die Einweisung in den Besitz war also während des gedachten Zeitraumes nur eine provisorische; durch Ablauf desselben erlangte sie den Charakter einer rechten Gewere. Mit einzelnen Modificationen findet sich dieser Grundsatz in vielen rein deutschen Rechten wieder. [1]) Dazu kam später, daß das Canonische Recht in cap. 1. 3 X. de eo qui mitt. in poss. aus Mißverstand der römischen missio rei servandae gratia [2]) die Einweisung in die Güter des ungehorsamen Beklagten sanctionirte, so daß diese erst durch den J. R. A. § 36 aufgehobene successive Immissio ex primo et secundo Decreto im Mittelalter die weiteste particularrechtliche Verbreitung finden mußte. [3]) Wenn das Hamburgische Recht Anfangs vermuthlich auch hierbei die strengere Ansicht von den Folgen der contumacia befolgt haben mag, die sich im späteren Sächsischen Recht finden, so enthält dagegen zuerst der Codex von 1497 einen Artikel, von dem es dahin gestellt bleiben muß, ob er aus den Grundsätzen des Canonischen Rechts oder aus deutschen Statuten geschöpft seyn mag.

C, 3. So wan eyn man drye claghet vppe gudt, vnde dat wedderpart nycht tho rechte kamet, so mach me den clegher wysen in dat gudt: welck he schal holden jar vnde dach, ys ydt vnvorghenckklyck; anders mach men sulck gudt sellen vnde holden de pennynghe. Entreedet de beclaghede vnder der tyt syck nycht, so ys de clegher negher dat gudt to beholdende alse yenych man afthowynnende; ydt en were dat de beclaghede, buten landes synde, des nicht hadde weten edder dorch nochaftyge nothsake were behyndert.

---

¹) Vergl. Hauschild Gerichtsverfassung S. 165—167. Maurer Geschichte des Gerichtsverfahrens § 151. 167. Albrecht Gewere S. 40 folg.

²) Diesen Irrthum hat schon ausführlich nachgewiesen J. H. Böhmer J. E. P. tom. 1. lib. 2. tit. 15.

³) Eichhorn D. Rechtsgeschichte Bd. 3. § 460. Note m. "Das Verfahren bei dieser missio ex primo und secundo decreto war dem älteren deutschen Verfahren so analog, daß gerade dieser wichtige Punkt des Processes gar keine Neuerung enthielt."

Im Vergleich mit Albrecht's Darstellung von den Wirkungen der Vertheilung in cont. wären bei dieser Stelle besonders zwei Punkte hervorzuheben: einmal, daß sie das bewegliche Gut ganz eben so behandelt wie das unbewegliche, wie aus der Vorschrift erhellt, daß an die Stelle von jenem, wenn es vergänglich sey, der dafür gelösete Kaufpreis treten soll; sodann, daß sie die Nachweisung von Ehehaften dem Beklagten nur dann zur Bedingung macht, wenn er nach Ablauf von Jahr und Tag das Gut noch ausziehen will, daß sie mithin in der Zwischenzeit ihm das Recht vorzubehalten scheint, die Folgen seines anfänglichen Ausbleibens ohne Weiteres abzuwenden. — Auf Grundlage jenes Artikels verfügt die Gerichtsordnung von 1560: wenn bei Klagen auf Gut der Beklagte auf die peremtorische Ladung ausbleibt, so soll der Kläger seine Klage wie auch seine Beweismittel dem Gerichte vorlegen; darauf wird er in das Gut immittirt, für welches er, wenn es verderblich ist, den Kaufpreis aufbewahren soll. Kommt der Beklagte innerhalb eines Jahres und erbietet sich zu antworten, so soll er vorerst dem Kläger alle gehabten Kosten erstatten und genügende Caution leisten, daß er auf die Klage ohne Verzögerung antworten wolle. Etwaige Ehehaften soll er namhaft machen, sie auf Verlangen beeidigen, und auf geleistete Caution ihm der vorige Besitz seines Gutes zurückerstattet werden. Nach Ablauf von Jahr und Tag kann der Kläger durch seinen Eid das Gut gegen jeden Anspruch schützen. Ungeachtet der principlosen Abänderungen, daß der Kläger auch durch den Beweis seiner Klage nichts weiter als den interimistischen Besitz erlangen, und daß der Beklagte auch während des ersten Jahres Ehehaften vorbringen soll, mit welchen er später nicht weiter gehört zu werden scheint, sind diese Sätze wörtlich in das neueste Stadtrecht (art. 2—4. tit. 16. P. I) und in das Concept der Gerichtsordnung von 1711 übergegangen; nur sind sie dort auf Klagen um unbewegliches Gut beschränkt. Die Commentatoren scheinen das Gebiet dieser Procedur zum Theil mißverstanden zu haben, und führen keine Fälle ihrer

Anwendung an; der neueren Praxis ist sie eben so fremd geworden, wie sie durch den J. R. A. auch gemeinrechtlich verschwunden ist. —

Nur die Rücksicht auf die Rechte der nächsten Erben und die daraus entstehenden Schwierigkeiten [1]) scheint für unser ältestes Recht die Rangordnung zu erklären, in welcher unbewegliches Gut erst in Ermangelung fahrender Habe als Gegenstand der Befriedigung für Geldschulden in Betracht kommt. Denn von jenem möglichen Einspruch abgesehen, war die Verwendung des Grundeigenthums als Executionsmittel an möglichst wenige und rasche Formen gebunden; es wird in dieser Hinsicht (I, 14) den Mobilien ausdrücklich gleichgestellt. Daß eine Verpfändung von Grundstücken im heutigen Sinn, d. h. als Sicherheit etwa für eine dagegen zu contrahirende Darlehnsschuld, schon im 13. Jahrhundert zuläßig gewesen sey, ist nicht zu bezweifeln, da mehrere Stellen des ältesten Stadtrechts darauf hinweisen, und schon aus früherer Zeit einzelne Fälle eines solchen Vertrages sich aufbewahrt finden. [2]) Daran schließt sich mit gleicher Wirksamkeit das Recht, welches der Gläubiger für eine schon bestehende, aber aus den beweglichen Gütern des Schuldners nicht zu berichtigende Forderung erlangte, sey es, daß der Schuldner selbst ihm das Grundstück zum Pfand setzte, oder daß ohne sein Zuthun der Gläubiger einseitig das nämliche Verhältniß impetrirte. Während der Letztere dadurch nur den Executionsweg gegen einen zwar in Mobilibus Unpfandbaren, aber nicht Unvermögenden weiter verfolgte, lag das Interesse des Schuldners, um Jenem darin entgegen zu kommen, in der Erwartung, widrigenfalls mit seiner Person dem Gegner haften zu müssen.

---

[1]) Ueberdies beschränkte sich das Verbot, Immobilien ohne Zustimmung der nächsten Erben zu verpfänden, nur auf ererbte Immobilien. Stadtrecht von 1270 I, 8 par.

[2]) Acta coram Consulibus VI, 2. "Johannes de Hetligne inpignoravit domum suam Ecberto de Monte ad quatuor annos pro 29 marcis arg."

Dieses Interesse ist in dem ältesten Stadtrecht IX, 19 sanctionirt. Im Allgemeinen braucht zwar Niemand für eine unbestrittene Forderung sich das Erbe des debitors als Pfand aufdringen zu lassen; selbst der vorherige vergebliche Versuch der Auspfändung, der ohne Zweifel als zulässig hierbei vorausgesetzt wird, konnte noch vermuthen lassen, daß der Schuldner, wenn er zum Personalarrest gedrängt würde, Geld oder fahrende Habe, die er vielleicht verborgen hielt, herbeischaffen könne, und daß in Rücksicht darauf die Satzung seines Grundstückes einer Anfechtung durch die nächsten Erben unterliegen mögte. Diese Besorgniß erledigte sich aber dann, wenn der Schuldner sein Unvermögen, anderweitig Rath zu schaffen, eidlich erhärtete; hierdurch wurde der Fall der echten Noth eben so constatirt, wie wenn es sich um die Auskehrung von unrecht erworbenem Gut handelte, in welchem Fall die Versicherung in das Grundstück in Ermangelung anderer Mittel nach IV, 3 gleichfalls gestattet war. Der Gläubiger hatte dann kein legales Interesse mehr, sich der Pfandsetzung des Erbes an ihn, vorausgesetzt, daß nicht schon andere Ansprüche darauf hafteten, zu weigern. — Eben so werden zwei Fälle ausdrücklich dafür angeführt, daß auch der Gläubiger, wenn sein Gegner sich passiv dabei verhielt, seinen Anspruch gegen dessen Immobiliarvermögen zu verfolgen befugt sey. Wenn ein in Geschäften Abwesender auf die schriftlich ihm zugestellte Vorladung sich nicht einstellt, so soll der Kläger wegen der beweislichen Schuld an das Erbe des Beklagten [1]) eben so, als ob es ihm zu Pfand gesetzt wäre, gewiesen werden, um damit nach Stadtrecht zu verfahren (I, 15). Desgleichen soll wegen Forderungen, die in der Stadt Schuldbuch inscribirt wurden, der Rath, vor welchem in diesem Fall geklagt wird, den Kläger, wenn kein anderes Pfand vorhanden ist, an das Erbe des Schuldners verweisen, welches in diesem Fall ohne die Procedur der Aufbietung verkauft werden darf. (VII, 3.)

[1]) Der Vorbehalt, wenn kein bewegliches Gut vorhanden ist, wird im Stadtrecht von 1497 H, 12 besonders ausgedrückt.

Die Prosecution eines dergestalt, sey es nach beiderseitiger Willkür, oder kraft der gesetzlichen Vergünstigung gegen den Schuldner, oder nur auf Betrieb des Gläubigers erlangten Pfandrechts ist gleichmäßig, und, so viel namentlich die Aufbietungsfristen [1]) wie die Pflicht zur Herausgabe des Ueberschusses beim Verkaufe betrifft, von der Realisirung der verpfändeten fahrenden Habe nicht verschieden. Da aber der Schuldner nicht, wie bei dem Versatz von fahrender Habe, bereits auch den Besitz übertragen hatte, so muß er zugleich aus dem Grundstück ausfahren, um dem Gläubiger die Einräumung des Besitzes an den Käufer möglich zu machen, und wird dazu auf die schon früher (S. 221) erwähnte Weise genöthigt. Kann das Erbe nicht für den Betrag der ganzen Forderung verkauft werden, so hat der Gläubiger die Wahl, dasselbe für seine Forderung eigenthümlich anzunehmen, oder

---

[1]) Im Stader Recht von 1279 (I, 10) sind diese kurzen Fristen nur beibehalten für Pfand, welches entweder Kistenpfand ist, oder Erbe dat eme ane sinen dank wert geset, d. h. dessen Satzung er von dem in Mobilibus unpfandbaren Schuldner annehmen muß. Dagegen wert einem manne erue to pande gheset bi erer beider wilkore, dat schal he upbeden dree etdaghe. So fügt auch der folgende art. 11 bei der Bestimmung, daß die gegen einen Abwesenden gewonnene Schuld an sein Erbe gewiesen werden soll, hinzu: to liker wis ofte it ome set si ane sinen dank Der Grund dieser Unterscheidung, die sich auch in der Bremischen Satzung zu Kistenpfandsrecht wiederfindet, wird von Albrecht Gew. S. 151 daraus erklärt, daß der Gläubiger in jedem Fall bis zur Distraction eine rechte Gewere gewinnen sollte, um die Sache frei von den Ansprüchen der nächsten Erben veräußern zu können. Dazu war die Frist von Jahr und Tag nur dann nicht erforderlich, wenn die Satzung in echter Noth geschehen war, also um sich der sonst drohenden persönlichen Haft zu entziehen. Hieraus erklärt sich auch, daß nach dem Schlußsatz unseres Hamb. Artikels I, 14 der Gläubiger erst in Jahr und Tag nach dem Verkauf des Pfandes von allen desfallsigen Ansprüchen sich durch seinen Eid befreien kann, welcher Satz im Stader Recht weggelassen und auch aus dem Stadtrecht von 1497 H, 9 verschwunden ist.

sich wegen der nach dem Verkauf verbleibenden Restforderung an den Schuldner zu halten. [1])

Nicht so alt ist die Anwendung der nämlichen Grundsätze auf die Geltendmachung einer auf dem Grundstück haftenden Rente. Dem Stadtrecht von 1270 wie dem ältesten Stadterbebuch ist sowohl der reservirte Zins (namentlich bei Uebertragung von Bauplätzen der Wurtzins) als auch die gekaufte Rente wohlbekannt. Als Befugniß des Rentegläubigers werden aber (II, 3) nur die Zinsbuße erwähnt, welche im Fall der Einklagung (nicht wie nach dem Sachsenspiegel schon am Tage nach Verfall) in Verdoppelung des Erbzinses besteht, und außerdem nach fruchtlos gebliebener Tagdingung über 14 Tage das Expulsionsrecht: "vnde gift he ene denne nicht, so steit it an deme des de tyns is, ofte he ene dar afdryuen wille offte so besitten laten." Es ist schon von Anderen [2]) darauf aufmerksam gemacht, wie dieses Recht des Rentenkäufers, sich des Gutes selbst zu bemächtigen, ganz verschieden von dem Recht des Satzungsgläubigers ist, indem weder die Formen und Termine des Aufbietens noch die Distraction und Herausgabe der hyperocha dabei erwähnt werden. Dagegen hat im späteren Mittelalter allgemein das Verhältniß zwischen Rentekäufer und Verkäufer den Charakter der (neueren) Satzung angenommen, wie denn z. B. spätere Handschriften des Lübischen Rechts [3]) an der unserer Hauptstelle entsprechenden über die Prosecution des Pfandes den Satz einschalten: des suluen gliken isset of omme wickbeldes rente. Im Hamburg schließt jene Stelle zuerst im Stadtrecht von 1497 H, 9 mit den Worten: Worde of jemande erue gheantwordet vor synen vorseten tyns, dat me nycht rumen wolde, so mach me den man daruth wisen in maten vor gheschreuen.

---

[1]) Vergl. auch Stadtrecht von 1292 C, 22; von 1497 H, 11.

[2]) Vergl. Albrecht Gewere S. 159.

[3]) Es sind die Cod. 2 und 3 bei Brockes und der Reval'sche Codex. Hach S. 469.

Außerdem wurde die nachherige einheitliche Prosecutions-Procedur für Verpfändung, Rente und Schuld durch folgende Momente vorbereitet. Gesetzlich erlaubt finden wir die früher verbotene mehrfache Verhypothecirung erst in art. 5. tit. 4. P. II. Stat. (aus der Nürnb. Ref.). Der Pfandschuldner "mag die Uebermaße, und so viel das Erbe besser ist denn vorige Schuld, einem Anderen auch verpfänden." Doch wurden noch zu derselben Zeit die Strafverfügungen gegen Diejenigen, welche ihr Grundstück über dessen Werth beschweren, wiederholt. [1]) Die Einzeichnung bestimmter Capitalsummen neben den Renten in die nach letzteren so benannten Rentebücher bildete zuerst im 17. Jahrhundert die Beschwerungen in der heutigen Bedeutung. Wie das verzinsliche Darlehn früher in die Form des Kaufes von löslichen Renten gekleidet wurde, so mußte auch die Execution in das Grundstück des unpfandbaren Schuldners wegen Geldschulden die nämliche Gestalt in einer mittleren Periode annehmen, um die Rücksicht auf Conservirung des Immobiliarvermögens mit dem Recht des Gläubigers auf das interesse morae zu vereinigen. Nach dem Stadtrecht von 1497 H, 6 wird das Erbe des wegen einer Geldschuld Unpfandbaren taxirt, und wenn sein Werth über die etwa inscribirten Renten dem Betrage der Schuld entspricht, so soll dem Gläubiger für je 15 Mark eine Mark Rente eingeschrieben werden; wird diese binnen eines Jahres von dem Schuldner nicht gelöset, so ist er dann befugt, das Erbe zu verkaufen. Dies ist im Stadtrecht von 1603 nur darin geändert, daß der Beklagte dem Kläger die Schuld (als Capitalsumme) im Stadtbuche versichern lassen, und mit 6 Procent ein Jahr lang verzinsen soll. [2]) Aufgehoben wurde diese Inscription als Recht des Schuldners erst durch die Verordnung über das Verfahren vom 29. December 1815

---

[1]) Receß von 1529 art. 36; von 1603 art. 17.

[2]) Art. 6. tit. 41. P. I. Stat. Vergl. Gerichtsordnung von 1711 tit. 51. art. 5.

art. 36, wonach der in mobilibus unpfandbar Befundene nicht verlangen darf, daß der Gläubiger seine Forderung dem immobili des debitoris inscribiren lasse. "Der Creditor ist vielmehr befugt, sofort auf den Universalarrest oder Freizettel anzutragen. Jedoch bleibt es dem debitori unbenommen, wenn sein immobile für die Forderung des creditoris hinlängliche Sicherheit darbietet, welches er durch Beibringung einer neu nachgesehenen Beschwerung und Schoßschein sofort beweisen muß, solches zum öffentlichen Verkauf anzubieten. Kann aber nach geschehenem öffentlichen Verkauf der Creditor nicht befriedigt werden, so wird auf dessen ferneres Anhalten der Universalarrest oder der Freizettel erkannt." [1])

Mit dem Anfangspunkte des, bis auf die neuere Zeit unverändert gebliebenen Achterfolgungs-Processes treffen die verschiedenen, die Verfolgung eines Immobile bezweckenden Rechtsgeschäfte zusammen, namentlich: die Prosecution wegen rückständiger Rente, wegen einer Hypothekschuld an Capital oder Zinsen, wegen eines gegen den Unpfandbaren dem Erbe desselben inscribirten Postens, und die Execution in das Grundstück, bei welcher diese Einschreibung der ausgeklagten Forderung wegen Mißverhältniß des Werthes oder wegen Weigerung des Eigenthümers unterblieben ist. Nur darin findet ein Unterschied Statt, daß der Prosecution wegen eines vertragsmäßig (nicht auf dem Executionswege) inscribirten Postens an Capital oder böslicher Rente eine halbjährige Kündigung zur Ausbezahlung voraufgehen muß, deren es in den übrigen Fällen nicht bedarf. Die wesentliche Aenderung, welche das Stadtrecht von 1603 an den Vorschriften der Gerichtsordnung von 1560 (tit. 9) vorgenommen hat, besteht in der successiven Verdoppelung des Zeitraumes von Jahr und Tag, nach dessen Ablauf erst zum Verkauf des Grund-

[1]) Trummer Vorträge Bd. 2 S. 171 bemerkt darüber: "Von dieser Befugniß ist meines Wissens nur einmal seitdem, und zwar in einem handelsgerichtlichen Verfahren Gebrauch gemacht worden; sie scheint also practisch nicht mehr beachtet."

stücks geschritten werden darf, wobei man wahrscheinlich dem Römischen Recht [1]) sich anzuschließen dachte.

Der Prosequent [2]) citirt den Eigenthümer des Grundstücks vor das Niedergericht (einer zweiten Citation bedarf es nicht), beweist seine Forderung durch den Extract aus dem Rentebuch, durch die Obligation oder sonstige Documente, und nach dreimaliger Aufrufung an verschiedenen Gerichtstagen wird ihm der vom Gericht erkannte Achterfolgungszettel durch den Actuar ausgefertigt, wonach "ihm (dem Procurator des Prosequenten) Recht und Voigt mitgetheilt ist, seinen Principalen an obbesagtes Erbe, um daraus seine Bezahlung der . . . zu erlangen, zu verweisen." Hierauf folgt theils die symbolische Einweisung in das Grundstück mittelst Ergreifung und Ueberlieferung des Ringes an der Hausthür in Gegenwart zweier Zeugen durch den Gerichtsvoigt, der diesen Act auf jenem Zettel attestirt, theils die Verlassung und Zuschreibung des Erbes an den Prosequenten "ex primo decreto". [3]) Die Bedeutung dieser Zuschreibung bestand darin, daß nun dem Prosequenten in der Achterfolgung Niemand, weder der Schuldner noch ein Mitgläubiger, Hinderung bereiten konnte, und daß gesetzmäßig ein solches Erbe

---

[1]) L. 3 § 1. C. de jure dom. impetr. Wenn jedoch der im Stadtarchiv asservirte Original-Entwurf der Gerichtsordnung von 1560 mit den Correcturen von Synd. Möller den Redactoren des Stadtrechts P. I. tit 42 vorgelegen hat, so würde sich bei dem Zustande jenes Manuscriptes auch die Vermuthung begründen lassen, daß man das bisherige Recht nur zu bestätigen gemeint habe.

[2]) Ueber das Folgende vergleiche art. 5. 6. tit. 16. art. 6. tit. 41. art. 2. 3. tit. 42. P. I. Stat. Gerichtsordnung von 1711 tit. 53. Schlüter von den Erben Th. 6. Krieger Introductio in praxin Cap. 11. Sect. 1.

[3]) Nach der Gerichtsordnung von 1560 und art. 5. tit. 16. P. I. Stat. soll die Zuschreibung der Ringlieferung vorangehen; nach art. 2. tit. 42 P. I und der Praxis folgte sie ihr nach; diese Verschiedenheit ist aber nur zufällig, da in der Idee beides zusammengehörte und sich ergänzte.

Niemand anders zugeschrieben werden sollte, bis Jener zuvor befriedigt wäre. Gleichwohl fand es sich oft mehreren Creditoren successiv ex primo decreto zugeschrieben, wenn der erste Prosequent bei den späteren Verlassungen sein Widerspruchsrecht nicht geltend gemacht hatte. Wenn ein Mitgläubiger den Prosequenten befriedigt, so muß dieser Jenem seine Achterfolgungs-Gerechtigkeit verlassen, es steht ihm aber überhaupt frei, dieselbe an einen Dritten zu übertragen. Dagegen erlangt er durch die Ringlieferung die Administration des Grundstücks, und das Besitzrecht gegen den Schuldner, wenngleich dieser Eigenthümer bleibt; er läßt ihn aussetzen, sofern er nicht Bürgen für die Zahlung einer Miethe zu stellen vermag, erhebt die Miethen von den Bewohnern, wogegen er Abgaben und Zinsen zu bezahlen und nothwendige Reparaturen zu beschaffen hat, ist befugt den Mitgläubigern ihre Posten loszukündigen, und ohne seinen Consens kann das Erbe nicht umgeschrieben werden. Die Dauer dieses Verhältnisses ist auf das Minimum von Jahr und Tag festgesetzt; nachher ergeht ein gerichtliches Proclam, um zu erfahren, ob an des Schuldners Stelle Jemand den Gläubiger mit Capital, Zinsen und Kosten entsetzen wolle? Meldet sich Niemand, so muß nach Ablauf des Proclams der Prosequent das Grundstück noch ein Jahr lang halten und etwa nothdürftige Reparaturkosten aufwenden; wird er auch bis zum Ablauf dieses zweiten Jahres weder von dem Schuldner noch einem Dritten befriedigt, so erlangt er nun die gerichtliche Erlaubniß des öffentlichen Verkaufes. — Ohne Abwartung der zweijährigen Termine konnte nach der Praxis der sofortige öffentliche Verkauf des Grundstücks gerichtlich erkannt werden, wenn dasselbe hauptsächlich baufällig war, wenn der Eigenthümer sich insolvent erklärte, wenn er vor dem Prätor des weitläuftigen Achterfolgungsprocesses sich begiebt, oder wenn bei Contrahirung des Postens Gläubiger und Schuldner sich dahin verabredet haben.

Diese schwerfällige Procedur wurde für die im Landgebiet belegenen Grundstücke schon im Jahr 1815 gesetzlich auf-

gehoben. Zufolge art. 33 der Verordnung über das Verfahren vom 29. December 1815 sollte für die dortigen Immobilien von den competenten Landbehörden nach abgelaufener Loskündigung, und, wenn der Debitor es verlangt, nach annoch gegebenem Termin von höchstens 6 Monaten, der öffentliche Verkauf des Grundstücks verfügt werden. In Ansehung der im Stadterbebuche geschriebenen Grundstücke wurde, des damaligen Dranges der Umstände wegen, der Prosecutions- und Entsetzungsproceß noch auf zwei Jahre beibehalten, in welchen nicht ohne Consens des unpfandbar befundenen Debitors das verhypothecirte Erbe sofort zum öffentlichen Verkauf gebracht werden dürfte, [1]) vielmehr sollte die Sache (vom Prätor)

[1]) "Wenn gleich der Creditor hypothecarius befugt ist, seinen debitorem persönlich in Anspruch zu nehmen, indem bei Constituirung der Hypothek eine persönliche Verpflichtung zum Grunde liegt." So beiläufig wurde in diesem transitorischen Artikel die ursprüngliche Auffassung verkaufter Renten als einer auf dem Grundstück haftenden dinglichen Last durch die Römische Rechtsansicht verdrängt, welcher jede Hypothek nur als eine accessorische Sicherheit erscheint, und aus welcher die Praxis seitdem zwei wichtige Folgerungen gezogen hat: 1) Die persönliche Klage ist gegen jeden späteren Acquirenten des Grundstücks eben so zulässig, wie gegen den ursprünglichen Schuldner, welcher die Hypothek constituirte. Schlüter von den Erben Th. 6. tit. 26—29 stellte folgende Sätze auf: Dem im Rentebuch versicherten Gläubiger steht auch ohne vorherige Achterfolgung des Erbes eine persönliche Klage gegen den Schuldner zu. Ein Schuldner, der sein beschwertes Erbe veräußert, bleibt dem hypothecarischen Gläubiger noch so lange verbunden, bis dieser ihn ausdrücklich oder stillschweigend, namentlich durch Annahme der Zinsen von dem Käufer, seiner Verhaftung entläßt. (Damit stimmt auch die jetzige Praxis überein). Wenn aber der Käufer sich dem Gläubiger noch nicht ausdrücklich oder stillschweigend verpflichtet hat, so haftet er ihm auch nicht persönlich, sondern kann mit Darbietung des Erbes zur Achterfolgung gegen ihn freikommen. — 2) Die persönliche Klage und die Execution in das sonstige Vermögen des Schuldners kann von jedem hypothecarischen Gläubiger gefordert werden, ohne vorgängige Prosecution der Hypothek. Dieses Recht ist schwerlich zu reimen mit der durch art. 36 der angef. Verordnung begründeten Befugniß

zur Prosecution des verhypothecirten Immobilis an das Niedergericht verwiesen werden. Nach Ablauf jener zwei Jahre verfügte die Verordnung vom 20. Februar 1818, daß der hypothecarische Gläubiger nach verstrichener Kündigungsfrist befugt ist, alsbald seinen hypothecarischen Schuldner bei dem Prätor zur Erlaubung des öffentlichen Verkaufes des Grundstücks zu belangen. Wenn der Schuldner es verlangt, so ist ihm dann noch eine peremtorische Frist, höchstens von sechs Monaten, zu ertheilen, nach deren Ablauf aber, auf ferneres Anhalten des hypothecarischen Gläubigers, der öffentliche Verkauf executivisch zu erkennen. Diese sechsmonatliche Frist wird von der Praxis dem Schuldner auch dann, wenn von ihm die Kündigung geschehen war, bewilligt; es kann aber auf dieselbe schon bei Eingehung des Schuldverhältnisses verzichtet werden.

Außer der Tradition und Besitzeinweisung gehört zur vollen Uebertragung des Rechtes an Immobilien in Hamburg noch die öffentliche Auflassung und Inscription. Es fragt sich, wie hinsichtlich dieses Actes, der nach dem System des persönlichen Consenses regelmäßig als eine freiwillige Erklärung des bisherigen Eigenthümers sich darstellen soll, alsdann verfahren wird, wenn die Uebertragung auf gerichtlicher Vollstreckung beruhet? Am nächsten liegt hier die Antwort: daß, gleichwie die richterliche Exmission und Einweisung das Surrogat der Tradition bildet, so auch eine gerichtliche Verfügung an die Stelle der willkürlichen Auflassung des Veräußerers treten müsse. Unsere früheren Rechtsquellen erwähnen dieses Punktes an zwei verschiedenen Stellen: Nach dem Stadtrecht von 1270 I, 14 soll, wenn bei dem Verkauf des prosequirten Grundstücks kein die Pfandschuld deckendes Gebot

---

des Schuldners, für persönliche Schulden sein Grundstück zum öffentlichen Verkaufe anzubieten, falls dasselbe für die Forderung hinlängliche Sicherheit darzubieten scheint, vielmehr müßte, mindestens unter der gleichen Voraussetzung, der hypothecarische Gläubiger vorgängig auf den Prosecutionsweg verwiesen werden.

erfolgt, zum Behufe der impetratio dominii das Gericht den Eigenthümer zwingen, das Erbe dem Pfandgläubiger für dessen Forderung vor dem ganzen Rathe aufzulassen. Albrecht bemerkt darüber: "Wenn die in dieser Stelle erwähnte gerichtliche Auflassung des Schuldners als ein wirklich wesentliches Requisit anzusehen ist, so spricht sie dafür, daß die Auflassung nicht durch ein Decret des Richters ersetzt werden konnte." [1]) Für unwesentlich kann die Herbeiführung der Auflassung nicht angesehen werden, weil sie die Bedingung der rechten Gewähr und der Zuschreibung im Stadterbebuche bildet. Sie erfolgte aber vor dem ganzen Rathe, im Gegensatz zu dem Gericht (Voigt und Rath), vor welchem das Verfahren anhängig war, und wenn daher der Eigenthümer genöthigt wurde, dort das Nämliche zu thun, was ihm für eine freiwillige Veräußerung obgelegen hätte, so kam Alles in die gewöhnliche Ordnung. War er jedoch abwesend, oder verhindert, oder blieb die Nöthigung fruchtlos, so mußte man bedacht seyn, dieselbe durch etwas Anderes zu ersetzen, deshalb verfügt art. 3. tit. 42. P. I. Stat.: "Ist der Kläger solch' verfolgtes Erbe für seine Schuld anzunehmen erbötig, so soll der debitor oder seine Erben schuldig seyn, das Erbe dem Kläger für seine Schuld in offener Audienz vor Uns zu verlassen, oder in Verweigerung dessen soll dem Kläger vermöge ergangener Urthel und darauf erfolgter Prosecution das Erbe in dieser Stadt Erbebuche eigenthümlich zugeschrieben werden." Die getroffene Auskunft entnehmen wir aus der zweiten Stelle, welche von den Klagen auf unbewegliches Gut aus einem Kauf oder anderem Vertrage handelt: nachdem die Verurtheilung aus solchen Ansprüchen auf das Gericht übergegangen war, verfügt das Stadtrecht von 1292 C, 7 und von 1497 B, 4: "vnde so schal ene (den Kläger) openbare de voget vnde de rad weldegen. Vnde so scal he des auendes oppe dat hus komen, vnde scal des dar bekennen mit

---

[1]) Albrecht Gewere S. 38.

dem voghede." Der in den Besitz eingewiesene Kläger [1]) soll mit dem Gerichtsvogte vor dem Rath auftreten, durch den Vogt die von diesem auf Urtheil des Gerichts vorgenommene Immission bestätigen lassen, und erlangt dadurch eine Aufrufung, welche gegen jeden Dritten die nämliche Wirkung hat, wie die vom Eigenthümer freiwillig vorgenommene Auflassung. Diese Function des Gerichtsvoigts, in Folge gerichtlicher Urtheile oder gerichtlicher Verkäufe alle Mutationen in den Erbe- und Rentebüchern nach beschaffter Verlassung auf seinen Betrieb zu bewirken, hat sich seitdem ununterbrochen erhalten, bis die Stelle im Jahr 1815 nicht wieder besetzt wurde. In neuester Zeit folgt man allmählig der Einsicht, daß statt einer bei Geldstrafen auferlegten Verpflichtung des Beklagten zur Consentirung in eine Umschreibung oder Tilgung, es zugleich wirksamer und humaner ist, den bei der Veränderung in den Hypothekenbüchern vortheilhaft interessirten Kläger zur Bewirkung derselben mittelst Production einer causa cognita erlassenen rechtskräftigen Sentenz bei dem Hypothekenbeamten zu ermächtigen. [2])

## § 3.

## Vollstreckung gegen die Person.

Der Schuldner, bei dem sich weder bewegliches, noch unbewegliches Gut findet, besitzt in der Regel noch eine Arbeitskraft, die von dem Gläubiger, sofern die Sclaverei überhaupt zulässig ist, verwerthet werden kann. Diese Rücksicht findet sich in der altrömischen Schuldknechtschaft wieder:

---

[1]) Der Erklärung dieser Stelle von Trummer Vorträge Bd. 2. S. 88 kann ich nicht beistimmen. Daß die Aufrufung eben sowohl von dem Acquirenten, wie von dem Veräußernden besorgt werden konnte, wird auch durch viele Stellen des ältesten liber resignationum bestätigt.

[2]) Eine gesetzliche Anerkennung davon enthält das Expropriationsgesetz von 1844 § 44.

der addictus durfte zwar getödtet, aber auch nach des Gläubigers Wahl über die Tiber als Sclave verkauft werden. Wenn, wie Niebuhr annimmt, der Gläubiger ihn statt dessen auch in eigener Knechtschaft behalten durfte, so mag dieser Fall wohl der häufigste gewesen seyn. Ein anderer Gedanke aber liegt dem altdeutschen Rechte zu Grunde: der Schuldner soll durch die persönliche Haft genöthigt werden, daß wo möglich er selbst, oder wer sich für ihn interessirt, den Gläubiger wegen seiner Forderung befriedige. Deshalb wird er dem Gläubiger zu Hand und Halfter übergeben, der ihn zwar stöcken und blöcken, nicht aber am Leibe beschädigen durfte, und ihn mit Brod und Wasser so weit zu versehen hatte, daß sich die Seele nicht vom Leibe trenne, bis die Schuld entweder bezahlt oder erlassen ward.[1]) Hiergegen erscheinen die mit dem Sachsenspiegel und dem Lübischen Recht ihrem Hauptinhalt nach harmonirenden[2]) Vorschriften unseres ältesten Stadtrechts (IX, 13) schon als erhebliche Milderung: den zahlungsunfähigen Schuldner soll der Voigt dem Gläubiger überantworten, der ihn "unverderbt" und mit Speise gleich seinem Gesinde halten soll. Er darf ihm Fesseln anlegen, aber weiter ihn nicht peinigen. Läßt er ihn freiwillig gehen, indem er ihm Frist gibt, oder entläuft Jener ihm, so wird er damit doch nicht frei, sondern bleibt bis zur Bezahlung immer sein Pfand für die Schuld. Von einem Zwange des Schuldners zu arbeiten, oder von einem Recht, die Schuld durch Arbeit allmählig zu tilgen, ist hier keine Spur.[3]) Schon 1292 (M, 10; vergl. Stadtrecht von 1497

---

[1]) Vergl. Miltenberg'er Recht aus dem 13. Jahrhundert bei Bodmann Rheing. Alterthümer S. 644. Maurer Geschichte des Gerichtsverfahrens § 167.

[2]) Lappenberg Hamb. R. A. Einleitung S. 59. 64.

[3]) Nach dem Sachsenspiegel III, 39 § 1 soll der Gläubiger den Schuldner auch mit Arbeit gleich seinem Gesinde halten. Der Cod. II. (Hach) art. 200 des Lüb. Rechts sagt von dem Schuldner: "he schal oc sines herren werk don", eben so Rev. Lüb. Recht art. 1. tit. 3. P. I.

L. 6) hat dieser Artikel folgende Gestalt erhalten: "So we schult uorderet op einen man de nicht ghelden ne mach noch borghen setten, unde bekent he der schult oder wert he uertughet: men scal ene antworden ome to einen pande uor sin ghelt; vnde he scal ene scluten an sin hus, vnde holden ene mit spise vnuorderft." Dieses zu Eigen geben an den Gläubiger scheint sich im nördlichen Deutschland länger als in anderen Theilen, [1]) und in Hamburg noch während des 16. Jahrhunderts erhalten zu haben. Das spätere Absitzen der Schuld im Gefängniß stammt erst aus der Nürnberger Reformation von 1564. Diese bestimmt, daß, wenn die fahrenden und liegenden Güter zu völliger Befriedigung des Gläubigers nicht genügen, dieser sich wegen der restirenden Forderung an die Person des Schuldners halten könne. Letzterer soll in den Schuldthurm geführt werden, wo ihn der Gläubiger mit Wasser und Brod nothdürftig unterhalten zu lassen hat, bis er für seine Forderung mit den Kosten befriedigt ist. Wenn die Schuld 100 Gulden nicht übertrifft, soll er im Schuldthurm 5 Jahr, wenn sich aber die Schuld über 100 Gulden erstreckt, zehn Jahr eingesperrt bleiben, und alsdann aus dem Thurm entlassen werden, auch hinführo derselben Schulden halber gefreiet und ledig seyn. Mit einigen Abänderungen sind hieraus die art. 11 und 12. tit. 41. P. I. unseres neuesten Stadtrechts entstanden. [2]) Als Hauptpunkte bei dieser

---

[1]) Das Sächsische Weichbild art. 27 verfügt schon: er soll ihn lassen binnen dem Weichbild in des Richters Haus mit solcher Heffte, daß er ihm nicht entlaufe. Pufendorf (observ. I, 120) führt noch ein in den höheren Instanzen bestätigtes Erkenntniß des Magistrats zu Stade von 1739 an: "daß Beklagter wiederum in Verhaft zu nehmen, und auf der Kläger Verlangen dergestalt an die Hand zu weisen, daß er seine Schuld mit Arbeit abzuverdienen gehalten."

[2]) Sie lauten: "Könnte der Kläger aus vorangedeuteten Gütern nicht bezahlet, noch vergnüget werden, der Beklagte auch keine Bürgen stellen kann; so mag der Kläger, wegen der restirenden und nachstehenden Schuld, den Debitoren verfolgen, welcher, wenn

noch heute durchaus practisch gültigen Gesetzgebung, und zugleich als Gegensätze gegen das frühere Recht, sind die folgenden hervorzuheben:

1. Der Schuldner soll nicht mehr im Hause des Gläubigers, sondern auf dem Winserbaum gefangen gehalten werden. Dieser bereits in der Einleitung des Recesses von 1410 erwähnte Thurm des Schließers auf dem Winserbaume [1]) bildete, wie der Thurm über dem Brookthore, früher den Gegensatz zu der Frohnerei, welche in den älteren Stadtrechten des woltboden hus oder die hechte genannt wird. Während die letztere nur zur Aufbewahrung der peinlich Angeklagten benutzt werden sollte, hat der Winserbaum allmählig die Bestimmung eines sogenannten Bürgergefängnisses erhalten, und wird als Schuldthurm auch im art. 1. tit. 43 erwähnt. Das Nähere darüber gehört nicht hierher. [2]) Uebrigens wird oder wurde der Schuldner auch auf dem Winserbaum, wie früher in des Gläubigers Hause, gefesselt (mit "Helden und Schlössern"); die Schließung war nach Klefeker's Zeugniß [3]) zu seiner Zeit leidlich, und geschah nur,

---

er in dieser Stadt oder derselben Jurisdiction betreten wird, auf des Klägers Begehr in Verhaftung genommen und auf dem Winserbaume verwahrlich enthalten werden soll: und ist der Kläger zu desselbigen Unterhaltung nicht mehr denn täglich einen Schilling Lübisch zu geben schuldig (art. 12). Und so die Schuld nicht eintausend Mark Lübisch übertrifft, soll er ein Jahr lang, da sich aber die Schuld höher erstrecket, soll er so viel Jahre auf dem Winserbaume sitzen, so viel tausend Mark er schuldig bleibet, und nach Ausgang solcher Jahre der Verhaftung entlassen und der Schulden halber gefreiet seyn."

[1]) Das jetzt zu diesem Zwecke benutzte Haus ist erst im Jahr 1651 von der Stadt erworben.

[2]) Vergl. Receß von 1529 art. 22; von 1531 art. 19; von 1603 art. 22. art. 65. P. IV. Stat. Klefeker Th. 5. S. 316.

[3]) Sammlung Hamb. Gesetze Th. 3. S. 441. Anderson Hamb. Privatrecht Bd. 5. S. 383 führt ein Commissorium des Senats vom 8. Februar 1740 an, "dem Arrestaten K. auf dem Baum

damit man sich wegen der Flucht keine Sorge machen dürfe. Der Prätor, welcher den Schuldner setzen lassen, hatte die Schlüssel im Hause, um bei Krankheit ihn von den Helden befreien zu können.

2. Der Gläubiger ist verpflichtet, den Schuldner auf seine Kosten zu unterhalten. Schon nach älterem Recht sollte in Straffachen die Atzung des unbemittelten Gefangenen vom Ankläger selbst bestritten werden. [1]) Während des 16. Jahrhunderts scheint die Ausgabe dafür auf sechs Pfennig für jeden Tag festgesetzt gewesen zu seyn. [2]) Hierauf bezieht sich das monitum der Bürger bei den Verhandlungen über das Statut von 1603, daß es genüge, wenn den auf den Thurm gesetzten Schuldnern von dem Gläubiger zum täglichen Unterhalt sechs Pfennig gegeben würden, damit Andere dadurch abgeschreckt und ehrliche Leute nicht so viel betrogen werden mögten. Der Rath erwiderte darauf: er würde gern darin willigen, weil er den Falliten von Herzen feind sey. Weil er sich aber erinnere, daß bei diesen theuren Zeiten Niemand des Tages von sechs Pfennig sich erhalten könne, und die Gerichtsverwalter wöchentlich dem Fronen für einen Uebelthäter 26 Schillinge entrichten müssen, wie denn die peinliche Hals-Gerichtsordnung disponire, daß dem Fronen täglich 7 Kreuzer zur Atzung und Verwartung des Gefangenen gereicht werden sollen, so habe er nicht weniger als einen Schilling verordnen können, damit der Gefangene nicht Hungers sterbe; denn vermöge der Rechte tödte derjenige den Anderen, der ihm die Alimente verweigert. Sonach blieb es bei der Verfügung: "und ist der Kläger zu desselbigen Unterhaltung nicht mehr denn täglich einen Schilling Lübisch zu

---

solche Schlösser anlegen zu lassen, wovon ihm zwar an den Beinen kein Geschwulst weiter entstehen kann, bei welchen aber doch in Ansehung seiner Flucht keine Sorge zu machen."

[1]) Stadtrecht von 1270 IX, 2; von 1292 M, 25; von 1497 B, 12.

[2]) Ein desfallsiges Präjudicat von 1572 wird von Anderson Privatrecht Bd. 5. S. 383 angeführt.

geben schuldig." Dies hat den noch jetzt gebräuchlichen Ausdruck "auf den schweren Schilling setzen" veranlaßt; die Summe betrug nämlich nach dem späteren leichteren Münzfuße drei Sechsling, wozu noch die Vergütung für Aufwartung und Schließgeld an den Gefangenwärter gekommen ist. [1])

3. Nach Ablauf einer gesetzlich bestimmten Zeit muß der Schuldner aus dem Gefängniß entlassen werden, und ist dadurch von seiner Schuld für immer frei. Die Zeitfrist beträgt ein Jahr für jede Schuld bis 1000 Mark, und für jede fernere 1000 Mark abermals ein Jahr. Darüber, daß das Minimum auch für eine Schuld von unerheblichem Belaufe ein volles Jahr betrage, sind unsere Gerichte mit den Schriftstellern einverstanden. [2]) Daß wegen des veränderten Geldwerthes ein Jahr das Aequivalent für 1500 Mark geworden sey, wurde zwar von Einigen geltend gemacht, allein die spätere Praxis glaubte sich an dem Buchstaben des Gesetzes halten zu müssen. [3]) Nach Ablauf der Zeit hat der Schuldner noch die während derselben für ihn verausgabten Kosten extra abzusitzen. Ob der Gläubiger befugt sey, ihn vor Beendigung der Frist zu entlassen, um seine Befriedigung auf anderem Wege zu versuchen, oder ob der Schuldner das Recht habe, durch den Rest der Zeit die Befreiung von seiner Schuld zu erwirken, ist unter den Juristenfacultäten streitig gewesen. [4])

Der Gläubiger kann jedoch gegen den insolventen Schuldner nach seiner Wahl noch einen anderen Weg als die Alimentirung auf dem Winserbaum einschlagen. Auf seine Anfor-

---

[1]) Gerichtsordnung von 1711 tit. 51. art. 10. Clan und Anderson zu art. 11. tit. 41. Stat. Krieger Introd. in prax. cap. 11. Sect. 8. § 2. Anderson Privatrecht Th. 5. S. 382.

[2]) Schlüter, Langenbeck und Schulte zu art. 12. tit. 41. Stat. Vergleiche die Präjudicate bei Anderson Privatrecht Th. 5. S. 386 folg.

[3]) Vergl. Schreining und Anderson zu art. 12. cit.

[4]) Bürgermeister Möller zu art. 12. cit.

derung soll der Beklagte den Eid der Armuth im Niedergerichte schwören und geloben, sich dieser Stadt und deren Gebietes so lange zu enthalten, bis er den Kläger befriedigt oder sich mit ihm verglichen haben werde. Auch dieser Ausweg ist aus der Nürnberger Reformation in unser Stadtrecht aufgenommen [1]) (art. 13. tit 41), er wurde noch im vorigen Jahrhundert häufig practicirt, [2]) ist aber für unsere Zeit durch die Heimath-Verhältnisse wohl unanwendbar geworden.

Unter den Germanisten ist es bestritten, in welchem Verhältniß früher die Haftung der Person des Schuldners zu der Vollstreckung in sein Vermögen gestanden habe. Im neueren Hamburgischen Recht ist diese Frage durch den tit. 41. P. I. Stat. aus einer bis jetzt nicht bekannten Quelle, aber in Uebereinstimmung mit der schon von den Glossatoren angenommenen und von vielen Particulargesetzen beibehaltenen Anordnung, [3]) dahin entschieden: daß zuerst die fahrende Habe, dann die Immobilien, hierauf die ausstehenden Forderungen des Schuldners und erst in subsidium die Person desselben angegriffen werden soll. Was dagegen das ältere Recht [4]) betrifft, so hat sich dasselbe mehr als der jetzige

---

[1]) Die älteren Stadtrechte kennen nur eine Relegation, welche wegen Geldstrafen gegen Denjenigen, der zu ihrer Erlegung unfähig, statt dessen eine Gefängnißstrafe abgebüßt hatte, auf so lange verhängt wurde, bis er die Strafe bezahlt haben würde. Stadtrecht von 1292 L, 2. M, 23; von 1497 B, 13. 14 und dazu die Langenbeck'sche Glosse. Dies wird noch im Statut von 1603 art. 64. P. IV. wiederholt.

[2]) Anderson Privatrecht Th. 5. S. 395—401. Der abzuleistende Eid ist No. 17 der Collectaneen zum Weinbudengebrauch.

[3]) Mittermaier Proceßvergleichung Heft 3. S. 154. 159.

[4]) Müller in Reyscher und Wilda Zeitschrift für deutsches Recht B. I. S. 326 behauptet: "Es war im altdeutschen Rechte Regel, daß Schuldverbindlichkeiten zunächst auf die Person gingen, gleichsam auf dem Körper des Verpflichteten hafteten. Die Güter wurden nur mittelbar afficirt, die Person war der nächste Gegenstand der

Gang des Verfahrens dem wesentlichen Interesse des Klägers accomodirt, daß durch Beobachtung der processualischen Formen nicht deren Endzweck, seine definitive Befriedigung, vereitelt werde. Eine Rechtspflege, die in allmähliger Entwickelung die Selbsthülfe und Eigenmacht zu verdrängen trachtete, konnte kein übertriebenes Gewicht auf die Möglichkeit legen, daß der mit ihrer Hülfe zu realisirende Anspruch zuletzt als ein völlig unbegründeter erkannt werden könnte. Sollte die Execution im Anfange des Verfahrens unbedenklich ins Ungewisse vertagt werden, so mußte sie wenigstens vor Allem für die Zukunft gesichert seyn. Dazu kommt, daß, gleichwie die Schuldhaft als psychischer Zwang gegen den Beklagten wirken soll, für die Abfindung des Gläubigers zu sorgen, es überhaupt als seine Angelegenheit erscheint, ihr durch Herbeischaffung der Mittel für die Befriedigung des Gegners zu entgehen. Nur da, wo diese Aufgabe dem Kläger selbst zufallen mußte, also im Contumacialverfahren, finden sich zuerst die bestimmten Vorschriften über die Vollstreckung in das Vermögen. Anderen Falles war es nur ein Recht für ihn, sich Executionsobjecte aufzusuchen, und dem Beklagten lag es ob, seine persönliche Freiheit selbstthätig sicher zu stellen. Hieraus erklärt sich der frühere Umfang von zwei processualischen Handlungen: der Besetzung (besate, Arrest) und der Caution (Vorwissenen).

Gegen diese beiden war als Beklagter, nach einem durch unsere sämmtlichen Rechtsquellen gehenden Grundsatze, der mit Grundstücken hieselbst angesessene Bürger geschützt, sofern sein Erbe nach Abrechnung des darauf etwa haftenden Erb-

---

Execution." Dagegen s. Paulsen daselbst Bd. 4. S. 126—130. In den Statuten von Goslar findet Göschen S. 405: "Das Verhältniß der Pfändung zum Verfahren gegen die Person ist ein subsidiäres, d. h. jene tritt zuvörderst ein, und erst wenn sie ohne Erfolg ist, die letztere." Eben so für das Hamburgische Recht Trummer Vorträge Bd. 2. S. 285. 305.

zinses den Werth der Klagsumme erreichte.[1]) Der Besitz von Erbzins wird dabei dem von Erbe seit 1292 gleichgestellt. Jeder Beklagte, der nicht dergestalt mit Erbe oder Erbzins angesessen ist, kann sowohl dem Arreste als der weiteren Cautionspflicht durch Stellung eines solventen Bürgen entgehen. Für solvent in dieser Beziehung muß dem Gläubiger der hiesige Bürger gelten, wenn dessen Grundstück den Werth der Klage erreicht.[2]) Diese Bürgschaft muß hiernach auf eine cautio nicht allein de judicio sisti, sondern zugleich de judicato solvendo gerichtet seyn.[3]) In Ermangelung derselben ist der Kläger befugt, nach seiner Wahl entweder des Beklagten Güter zu bekümmern, oder direct gegen seine Person zu procediren.

Was zunächst den, in diesem Zusammenhange nur kurz zu berührenden Arrest betrifft, so erscheint derselbe bei uns ursprünglich als ein Sicherungsmittel für Klagen auf bestimmtes bewegliches Gut. Während bei Schuldklagen die Nöthigung zur Pfandsetzung dem Gläubiger eine vorläufige Sicherheit verschafft, so entspricht seinem Interesse bei Ansprüchen auf Gut nur die Besetzung, durch welche die fraglichen Gegenstände seiner Bewachung unterworfen und der willkürlichen Einwirkung des Beklagten entzogen werden, gleichviel, in wessen Besitz sie dann bis zu ausgemachter Sache bleiben mögen. Diese engere Bedeutung tritt in den älteren Stadt-

---

[1]) Stadtrecht von 1270 II, 5; IX, 11. 12; von 1292 D, 5; C, 20. 21; von 1497 C, 6. 7. 8; von 1603 art. 8. tit. 17. art. 7. tit. 25. P. I. Gerichtsordnung von 1560 tit. Von Caution; von 1711 tit. 17. art. 8. tit. 25. art. 9.

[2]) Stadtrecht von 1270 IX, 8. 10; von 1292 M, 7. 9; von 1497 C, 9. 10; von 1603 art. 5. 6. tit. 17. art. 5. tit. 25. P. I. Erst die Gerichtsordnung von 1711 tit. 17. art. 5 setzt hinzu: "Jedoch stehet dem Bürgermeister oder Gerichtsverwalter frei, den Bürgen, falls er ein Bürger oder Einwohner, der notorie genugsam begütert ist, nach Befinden ex officio anzunehmen.

[3]) Bürgermeister Möller, Clan, von der Fecht zu art. 5. tit. 17. P. I. Stat. vergl. Albrecht Gewere S. 140.

rechten noch deutlich hervor: [1]) der Arrest ist unzulässig, wenn er bis zum Werthe des Anspruchs verbürgt werden kann; wird aber das Gut als gestohlen oder geraubt angesprochen, so braucht man keinen Bürgen dafür anzunehmen. Gleichwie ferner das erlangte Pfand bei Schuldklagen in bestimmten Terminen aufgeboten werden muß, so soll auf das bekümmerte Gut zum nächsten Gerichtstage die Klage erhoben werden, indem dasselbe bei wiederholter Unterlassung von der Ansprache frei wird. Freilich mußte nachher, je mehr die Pfändung nur noch als modus der Execution eines gerichtlichen Urtheils auftrat, die Besetzung zu einem Mittel erweitert werden, auch einseitig Sicherheit für jede Klage zu erlangen, bei welcher das arrestirte Gut nur als Gegenstand künftiger Veräußerung, ohne nähere Beziehung auf das Object der Klage, dienen sollte. Bei dem späteren Universalarrest tritt selbst das ganze Vermögen als Object dieser Sicherstellung auf, und wenn einerseits eine vom Beklagten zu leistende Caution nicht nur durch Verbürgung, sondern auch durch Pfänder präſtirt, andererseits aber auch er selbst in dem sogenannten Personalarrest als Gegenstand des Arrestes bezeichnet werden kann, so zeigt sich, daß seitdem nur die Form der Bekümmerung und die Umstände, welche ihre Zulässigkeit einschränken, über ihren eigenthümlichen Charakter entscheiden. — Was diese Form anlangt, so zeigen schon die Strafdrohungen gegen Denjenigen, der eines erbgesessenen Bürgers Gut bekümmern oder die Annahme der angebotenen Verbürgung verweigern würde, daß die Besetzung anfänglich keine richterliche Cognition voraussetzen konnte. Sie war vielmehr eine Privathandlung, für welche nachher, vermuthlich zur Sicherung des erforderlichen Beweises, die Modalität sich bildete, daß sie mit Zuziehung von zwei erbgesessenen Bürgern und dem Vogt oder Frohnboten vorgenommen ward. [2]) Der Receß von 1529 erklärt es noch für

---

[1]) Stadtrecht von 1270 IX, 10 par.

[2]) Glosse zum Stadtrecht von 1497 C, 9.

zulässig, daß das Gut wegfertiger Fremden von dem hiesigen Bürger ohne gerichtliche Erlaubniß bekümmert werde, und verpflichtet ihn nur, davon dem Vogt oder Gerichtsherrn ungesäumt Anzeige zu machen. [1]) Die Gerichtsordnung von 1560 erwähnt nur des Falles, da die Gerichtsherren eine besate vergönnen, und der Titel des neuesten Stadtrechts (tit. 17. P. I) beginnt mit der Vorschrift: "So jemand ein Verbot oder Arrest gegen den andern oder desselben Haab und Güter allhier begehren würde, das soll mit Erlaubniß der worthaltenden Bürgermeister oder Richtherren geschehen und vorgenommen werden." Seitdem der Arrest dergestalt auf eine richterliche Verfügung sich reducirte, konnte seine Gestattung gewissen weiteren Beschränkungen im Interesse des Impetraten unterworfen werden. Die Gerichtsordnung von 1560 enthält, ebenso wie die späteren, hierüber nur den Satz: die Gerichtsverwalter sollen, weil der Arrest bisweilen gemißbraucht werde, erwägen, ob derselbe auch aus erheblichen Ursachen gebeten wird, und die wegen gegenseitiger Arrestfreiheit mit anderen Städten bestehenden Concordate beachten; wir sind deshalb wegen der Bedingungen des debiti liquidi und der causa arresti auf die gemeinrechtliche Theorie angewiesen.

Kehren wir zu dem Falle zurück, wo der Beklagte weder durch seine Erbgesessenheit geschützt, noch im Stande war, einen solventen Bürgen zu stellen, wo außerdem der Kläger

---

[1]) Receß von 1529 art. 6. Enes frömbden Mannes Goet, de wegeferdig is, effte dat men stracks van hier föhren will, mag unse Börger in düsser Stadt ook vör Böhmen unde Döhren ohne Verlöff des Rades bekümmern, doch schall he stracks darna solcken Besaet dem Richter edder dem Rade anseggen, unde syne Sacke verfolgen ohne Underlact, by dem Bröcke so in dem Rechte wohntlik is." — Der art. 4. tit. 17. P. I. Stat. verlangt dabei die Zuziehung von zwei glaubwürdigen Bürgern; die Gerichtsordnung von 1711 tit. 17. art. 4, daß in deren Ermangelung der Impetrant selbst mit in die Wache gehe. Klefeker Bd. 3. S. 428 erklärt solche Privatarreste für antiquirt.

keine zu besetzende Güter vorfand, oder wo er von dieser Befugniß keinen Gebrauch machen wollte oder (in späterer Zeit) durfte. Jede solche Auskunft erscheint als Ausnahme von der Regel: die genügende Erbgesessenheit mußte später aufhören, das factisch Gewöhnliche zu seyn, und eine den Kläger sichernde Verbürgung zu veranstalten, war natürlich stets der Anstrengung des Beklagten selbst überlassen. Es ist mithin keine exceptionelle oder nur eventuelle Verfügung, sondern das Princip des älteren Rechts, was sich in dem Satze ausspricht: "Eyn iewelik man vmbeseten mit erue schal borgen setten vor schult de men eme gift ... Mer ne heuet en man nenen borgen, so schal de woltbode ene setten in dat yseren wente to deme nagesten dinge: vnde so schal ene vore eschen de ene darin het setten." [1]) Wie weit sich dieser Grundsatz im Civilproceß erhalten habe, wird sich aus Anführung der mit ihm vorgenommenen Veränderungen ergeben. Es ist klar, daß die Festsetzung des zu Verklagenden im Gefängniß anfänglich nur eine außergerichtliche Procedur des Klägers erforderte; denn Jener soll erst auf den nächsten Gerichtstag zur Anstellung der Klage vorgeladen werden, und die Gefangensetzung Desjenigen, der einen Bürgen bietet, wird als Gewaltsamkeit mit Strafe bedrohet. Der Woltbode verrichtet dabei seine Functionen nur auf Requisition des Klägers. Dagegen erscheint die persönliche Verhaftung seit 1560 von der Genehmigung der Prätoren als Vorsteher des Gerichts abhängig. Die Gerichtsordnung von jenem Jahre behandelt dieselbe unter den gerichtlichen Cautionen, hat sie aber auf die modernen Bedingungen des Arrestes (auf Gut) eingeschränkt. Der Beklagte soll im Anfang des Processes eine Caution bestellen, falls er nicht als Erbgesessener davon befreiet ist; kann er keine Bürgen dafür finden, so ist er, eben so wie der Kläger hinsichtlich der Sicherheit für die Kosten und Widerklage, zur juratorischen Caution zu admittiren.

---

[1]) Stadtrecht von 1270 IX, 8; von 1292 M, 7; von 1497 C, 10.

Diese letztere Vergünstigung fällt nur unter der doppelten Voraussetzung weg, wenn er der Flucht dringend verdächtig ist, und überdies der Kläger den Gerichtsherren eine Bescheinigung seiner Forderung zu liefern vermag; alsdann soll der Beklagte ohne Weiteres („ahne Middel") verpflichtet seyn, Bürgen zu stellen, und wenn er dazu nicht im Stande ist, mag der Kläger ihn gefänglich einziehen lassen, und seine Klage weiter nach Stadtrecht (d. h. in den nächsten Gerichtstagen) verfolgen. Hieran schließt sich die Bestimmung des Recesses von 1603 art. 2: daß, wenn Jemand Schulden halber beklagt, nicht genugsam erbgesessen, an seinem Credite geschwächt, de fuga verdächtig oder auf vorhergehende Citation nicht erschiene, sondern contumaciter ausbliebe, die Gerichtsherren denselben nach vorher bestellter Caution aus seinem Hause, oder wo er anzutreffen wäre, holen lassen, und nach dem Stadtrecht C, 10 (die vorhin angeführte Stelle) damit verfahren sollen. Das gleichzeitige Stadtrecht von 1603 hat dieser Frage ebenfalls nicht in dem, nur von dem Arrest auf Güter handelnden tit. 17, sondern im Titel von Cautionen und Vorstand zum Rechte (tit. 25. P. I) ihren Platz angewiesen. Es verpflichtet den Beklagten zu einer Caution judicio sisti und judicatum solvi, welche, obgleich die eidliche Caution ausdrücklich nur bei dem Kläger erwähnt wird, von der Praxis bisweilen auch als juratorische zugelassen wurde. [1]) Von der Personalhaft handelt der art. 8:

„Da aber der Beklagte allhier unbegütert, und keinen genughaftigen Erbzins hat, auch keine genugsame Bürgen oder Pfande für die Schuld stellen kann, der Schuld aber geständig ist oder mit seiner ausgegebenen Handschrift und Schuldverschreibung überwunden und überzeuget werden kann; so mag der Gerichtsverwalter, auf Begehren des Klägers und von ihm geleistete Caution das Gericht schadlos zu halten, den Beklagten in gefängliche Haft nehmen, und

---

[1]) Clan zu art. 5 und 8. tit. 25.

so lange enthalten lassen, bis die Sache im Gerichte ausgeübet ist."

Auf dem hierdurch begründeten Standpunkte erscheint die frühere Strenge in einer doppelten Beziehung gemildert. Die Caution mußte von dem Beklagten ehemals im Anfange jedes Rechtsstreites geleistet werden, die Pflicht dazu war von der Liquidität der Forderung, also von der größeren oder geringeren Möglichkeit, daß zuletzt eine Freisprechung erfolgen könne, ganz unabhängig. Dagegen beschränkt schon der angeführte Artikel wenigstens die Cautionsart durch Personalhaft auf solche Fälle, in welchen die Wahrscheinlichkeit einer Verurtheilung sehr groß ist, weil die Forderung eingestanden wird oder durch liquide Documente sofort erwiesen werden kann. In dieser Beschränkung erhielt sich der ursprüngliche Rechtssatz, er mußte aber als eine Singularität erscheinen, seitdem in allen übrigen Fällen die Pflicht des Beklagten eine cautio judicio sisti oder judicatum solvi zu bestellen schon während des 17. Jahrhunderts aus unseren Gerichten verschwunden ist. Zweitens war Anfangs nur der erbgesessene Bürger gegen jede Cautionspflicht privilegirt, weil nur er als ohnehin sicher, jeder andere als ein für den Kläger unsicherer Schuldner galt. Dieses Privilegium mußte umgekehrt zur Regel werden, als man später von der Annahme ausgehen zu dürfen glaubte, daß in den meisten Fällen auch der nicht Erbgesessene sicher genug sey, d. h. nöthigenfalls im Stande und bereit seyn würde, auf Verlangen Bürgen oder Pfänder anzuschaffen. Die Verpflichtung zur Cautionsbestellung wurde demnach als Ausnahme auf die Fälle reducirt, in welchen jene Präsumtion cessirte, wo man von der Voraussetzung ausging, daß die Befreiung des Beklagten das Interesse des Klägers verletzen würde, weil Jener entweder nicht die Mittel oder nicht den Willen haben würde, ihm seiner Zeit gerecht zu werden. Unter dieser Supposition war es natürlich, daß das Verfahren direct auf Verhängung des Personalarrestes eingeleitet werden konnte, wogegen dem Gegner regelmäßig die Abwendung des letzteren durch reale

Sicherheit (Bürgen oder Pfänder) freigestellt blieb. Diese Bedingung bezeichnete der Receß von 1603 in den Worten, daß Beklagter an seinem Credite geschwächt, oder der Flucht verdächtig oder contumax seyn müsse. Die grundlose Annahme solcher exceptionellen Umstände erschien bei Ausbildung des Personalcredits nicht nur als ein rechtswidriger Schaden, sondern zugleich als ein Schimpf für den Beklagten, welchem der Impetrant dafür zufolge art. 17. tit. 17. Stat. ersatzpflichtig ist; überdies konnte der arrestirende Richter dieserhalb persönlich verantwortlich gemacht werden, und dagegen sollte ihm die von dem Kläger gestellte Caution, das Gericht schadlos zu halten (die sogenannte Caution für Helden und Schlösser), schützen.

Ausgeführt wird die persönliche Haft mittelst Ertheilung des Fang- oder Freizettels vom Prätor an den Impetranten. Der letztere ist gegen Vorzeigung dieses Zettels befugt, den darin bezeichneten Schuldner zu arretiren und vorläufig auf die Wache in Arrest zu liefern. Ausgenommen sind privilegirte Oerter, wie das Rathhaus, die Börse, Kirchen u. s. w., und außerdem bürgerliche Häuser, insbesondere auch die Wohnung des Schuldners. Diese letztere Ausnahme ist zwar durch kein Gesetz begründet, vielmehr gestattet der Receß von 1603 (art. 2) ausdrücklich, "den Beklagten aus seinem Hause, oder wo er sonst anzutreffen wäre, holen zu lassen;" sie wurde aber zum Schutze der persönlichen Freiheit durch das Herkommen eingeführt und erhalten. [1]) Der Arrestat mußte nach einem Senatsconclusum vom 10. August 1718 binnen 8 Tagen, nach einem späteren vom 19. November 1738 binnen 14 Tagen von dem Impetranten aus der Wache nach dem Winserbaum befördert werden, widrigenfalls er aus dem Arreste dimittirt wird. [2])

---

[1]) Schuback vom richterlichen Amt Th. 2. cap. 18. § 33. Klefeker Bd. 3. S. 439. Anderson Privatrecht Th. 5 S. 380.

[2]) Anderson Privatrecht Th. 5. S. 381.

Da jeder Freizettel vom Prätor ertheilt werden muß, so geht der Ausfertigung ein Verfahren vor demselben voraus, mag es sich um eine bereits vor Gericht ausgeklagte oder um eine erst einzuklagende Forderung handeln. In dem ersten dieser Fälle, wo also die Arretirung nur als eine Vorbereitung des Setzens auf den schweren Schilling nöthig wird, ist der Antrag auf Vorlegung des rechtskräftigen zur Zahlung condemnirenden Urtheils nebst dem Atteste der Unpfandbarkeit zu begründen. Der Schuldner wird zu diesem Acte bei dem Prätor vorgeladen, um ihm Gelegenheit zur Vorschützung etwaiger Einreden zu geben, die auch im Executionsstadium noch zulässig sind. In Entstehung solcher Einwendungen oder nach Verwerfung derselben wird praestita cautione sofort der Freizettel erkannt, und nach dessen Benutzung dieser Arrest, wie jeder andere, im Niedergericht bis zu dem Erkenntniß, daß der Schuldner die Schuld in der gesetzlichen Zeit abzusitzen habe, prosequirt.

Wenn dagegen eine noch nicht gerichtlich ventilirte Forderung in Frage steht, so konnte, sofern nur die übrigen Requisite einer Sicherheitsbestellung durch Personalhaft vorlagen, eine besondere Prüfung der bei dem Beklagten obwaltenden Umstände dem Richter aus praktischen Gründen nicht wohl zugemuthet werden. "Es muß — wie von der Fecht zu dem angeführten art. 8. Stat. bemerkt — Einer in notoria insolventia seyn oder de fuga suspectus, ehe er kann weggesetzt werden. Doch sufficit, wie hier in art. 8 stehet, wenn Einer die Schuld geständig ist oder convincirt werden kann, daß er dann kann weggesetzt werden, denn wer kann eines Anderen Vermögenheit und Unvermögenheit so eigentlich wissen?" Es mußte demnach genügen, wenn der Beklagte durch das Verfahren selbst Aufforderung und Gelegenheit erhielt, die Besorgnisse des Klägers dadurch zu widerlegen, daß er ihm die verlangte Sicherheit durch Bürgen, Pfand oder Deposition bestellte, oder durch Nachweisung seiner Erbgesessenheit sich gegen die Personalhaft vertheidigte. Jedoch blieb diese Procedur seit dem neuesten Stadtrecht im Uebrigen auf die

dortige Bedingung eingeschränkt, daß der Beklagte mit seiner ausgegebenen Handschrift und Schuldverschreibung überwunden werden könne, also auf die Fälle, in denen ein recognoscibeles oder der Recognition nicht einmal bedürfendes Document beizubringen war. Wenn in einem solchen der Aussteller sich der Provocation zu Gericht begeben und der außergerichtlichen Cognition unterworfen hatte, so führt die Klage auf Zahlung bei dem Prätor ungefähr eben so schnell zum Ziel; wo nicht, so wählte man zunächst den Antrag auf den Freizettel, um dadurch die gerichtlichen Weiterungen entweder abzuschneiden, oder doch sie mit Sicherheit abwarten zu können. Die Termine selbst wurden durch die Dielenartikel vom 13. Juli 1724 gesetzlich regulirt. [1]) Zu dem ersten ward Beklagter wegen Anerkennung der Handschrift auf dem mitinsinuirten Documente vorgeladen; sein Leugnen führte entweder zum Diffessionseide oder zum Beweise der Aechtheit durch Schriftvergleichung. Erkennt er die Unterschrift an, oder bleibt im Termine aus, so ergeht die zweite Citation ad videndum praestari cautionem et ad contracautionem; jenes ist die vom Citanten zu bestellende Caution für Helden und Schlösser, dieses die reale Sicherheitsbestellung, durch deren Leistung Beklagter das weitere Verfahren abwenden könnte. Wird sie von ihm nicht prästirt, so folgt die dritte Ladung ad videndum dari, sc. den Freizettel, welcher nun erkannt und ausgefertigt,

[1]) Art. 16. (Sammlung der Mandate Bd. 2. S. 1039.) "Wenn auch wahrgenommen worden, daß Procuratores bisher wegen klarer Handschrift und Wechsel oder Verbürgung Helden und Schlösser 1) wegen Forderung, 2) ad recognoscendam manum, 3) ad videndum praestari cautionem, 4) ad contracautionem, 5) ad videndum dari contracautionem citiren lassen; so sollen selbige hinfüro in solchen Fällen nur erstlich wegen Foderung und Recognition der Hand zugleich, demnächst zu Bestellung der Caution, und letztlich ad videndum dari cautionem oder rechtliche Gegencaution zu bestellen, wieder mit eines die Citation auszubitten." — Der Abdruck ist ersichtlich fehlerhaft, der Sinn aber nach der von Schuback, Anderson u. A. geschilderten Praxis nicht streitig.

der Impetrant aber zur Prosecution dieses Arrestes in der Regel an das Niedergericht verwiesen wird.

Sehr genau hängt mit diesen Grundsätzen das, nur in einzelnen Punkten modificirte Verfahren in Wechselsachen zusammen. Wir unterscheiden im Wechselproceß die eigenthümlichen, aus der Absicht der Partheien und dem Zweck des Wechselverkehres derivirten Normen für die Beurtheilung von der, hier allein in Betracht zu ziehenden, Form des Verfahrens. In dieser letzteren Beziehung hatten Wechselklagen während des 17. Jahrhunderts keine andere Begünstigung erfahren, als daß sie den Forderungen aus öffentlichen unleugbaren Briefen und Siegeln gleichgestellt wurden, [1]) für welche das neue Stadtrecht den sogenannten summarischen oder Executivproceß im Gegensatz zu dem gemeinrechtlichen (articulirten) normirt hatte, und dessen Ausartung zu der späteren niedergerichtlichen Procedur man nicht zu verhindern vermochte. Die Gerichtsordnungen aus jenem Zeitraum [2]) nennen die Wechselbriefe neben den Policen und anderen klaren unleugbaren Handschriften, und gestatten ausdrücklich den schriftlichen Proceß im Niedergericht darüber, welchem nur als Einleitung die Citation zur Anerkennung der Handschrift vor dem Prätor oder Bürgermeister vorauszugehen hatte. Diesen Zustand ließ selbst die revidirte Wechselordnung von 1711 im Wesentlichen unverändert: nur in dem besonderen Ausnahmsfall, wenn ein Wechselbrief geschlossen und der Geber nicht prompt die valuta dafür bezahlt, soll ihr zufolge (art. 3) gegen seine Person oder Güter, ohne gerichtliches Erkenntniß, gleich von dem Prätor auf die wirkliche und völlige Zahlung, ohne Unterschied, wie hoch die Summe sey, mit der paratesten Execution verfahren werden. Aehnliche exceptionelle Verfügungen enthielten die Artikel 29. 30. 37 jenes Gesetzes, und art. 27 der neuen Fallitenordnung. Nur

---

[1]) Vergl. die Commentatoren zu art. 2. tit. 20. P. I. Stat.

[2]) Gerichtsordnung von 1622 cap. 2. art. 4; von 1632 art. 3; von 1645 cap. 2. art. 13 folg.

auf die Analogie mit solchen Fällen und auf ein dem praktischen Bedürfniß entsprechendes Herkommen gründete sich die spätere durch kein Gesetz sanctionirte Competenz der Prätoren für die Entscheidung und Verurtheilung in gewöhnlichen Wechselklagen; noch zu Klefeker's Zeit (1768) war die Verweisung bestrittener Fälle zum gerichtlichen Proceß nichts Ungewöhnliches, [1]) und wenn Anderson die Einklagung von Wechseln der Dielen-Cognition zuweis't, so nimmt er davon sofort alle solche Documente aus, welche nicht die sogenannte strenge Wechselkraft genießen, weil sie entweder mit irgend einem formellen Fehler behaftet, oder mit der Pfandklausel versehen, oder von nicht commercirenden Personen ausgestellt sind, [2]) wo deshalb die Verweisung der Sache zu Gericht noch jetzt als unvermeidlich galt. In gewöhnlichen Fällen aber war nach dem Zeugniß dieser Schriftsteller der Inhaber des Wechsels befugt, bei einer Prätur auf Zahlung zu klagen; beim Ausbleiben des Beklagten, nach Anerkennung der Handschrift und Verwerfung liquider oder Nichtbeachtung illiquider Einreden wurde dann die Wahrschauung und Quernacht gestattet, welche auf dem gewöhnlichen Executionswege, wie bei jeder anderen Forderung, auch zum Freizettel gegen den Unpfandbaren und zuletzt zum Absitzen der Schuld oder zur Relegation führen kann. Man sieht, daß diese auf Wechselforderungen zu gründende definitive Procedur sich in nichts Wesentlichem von der Beitreibung einer anderen Forderung unterscheidet.

Statt dessen kann freilich, — gleichfalls als Ausfluß der allgemeinen Principien — der Wechselgläubiger auch den Weg einschlagen, auf welchen, als einen provisorischen, ihn das Verlangen nach vorgängiger Sicherheit für seine Forderung verweis't. In diesem Fall war der aus einem Wechsel verhaftete Schuldner, wenn er nicht dem Kaufmannsstande angehört, nach der Verordnung vom 4. September 1732 gehalten, entweder den Belauf des Wechsels baar oder in

---

[1]) Sammlung Hamburgischer Gesetze Bd. 6. S. 608. 609.

[2]) Anderson Hamb. Privatrecht Th. 4. S. 388. 389.

Pfändern zu deponiren, oder zu verbürgen, oder, sofern er nicht erbgesessen war, juratorische Caution zu leisten, worauf die Sache zu Gericht verwiesen und dort im ordentlichen Verfahren weiter verhandelt wurde. Wenn das Gesetz zur Erläuterung hinzufügt, daß das geschärfte executivische Wechselrecht gegen solche Personen nicht Statt finde, so ist darunter der Inhalt des kurz zuvor, im Jahre 1729, beliebten ersten Additionalartikels zur Wechselordnung von 1711 verstanden:

"Wenn gegen einen acceptirten oder indossirten Wechselbrief keine den Rechten nach beständige und sofort bei erster Citation rechtlich zu bescheinigende Exception eingewandt werden kann, so soll überall keine Caution noch Deposition der Gelder von dem Beklagten angenommen, sondern in Ermangelung promter Bezahlung gegen die vom Kläger vor Helden und Schlösser zu bestellende bisher übliche Bürgschaft, das Freizettel auf des Beklagten Person dem Kläger unverweilt ertheilt werden."

Im Widerspruch mit dieser Vorschrift erhielten sich auch in der späteren Praxis die drei successiven Citationen zur Anerkennung der Handschrift, ad videndum praestare cautionem und ad videndum dari. Das Eigenthümliche bei kaufmännischen Wechseln reducirt sich sonach darauf, daß dem Kläger hier die Weiterungen nicht zugemuthet werden sollten, welche für ihn daraus entstehen konnten, wenn dem Beklagten in anderen Fällen gestattet ward, wegen Erbgesessenheit oder durch Bestellung einer Real-Caution der ursprünglich allgemeinen und grundsätzlichen Strenge sich zu entziehen. Wir müssen es dahin gestellt lassen, ob sich dieses sogenannte specielle Wechselrecht auch anderwärts mit derselben Deutlichkeit wie in Hamburg als ein Ueberbleibsel von früheren generellen Grundzügen in Betreff jedes Schuldverfahrens nachweisen läßt. Uebrigens wird noch ausdrücklich bemerkt, [1])

---

[1]) Klefeker Bd. 3. S. 477. K. hat in dieser Materie den nicht viel älteren Schuback'schen Tractat vom Amte eines Gerichtsverwalters großentheils wörtlich excerpirt.

daß auch der Wechselgläubiger nach jener einleitenden Procedur mit dem Schuldner, ganz wie mit anderen auf Freizettel Arretirten verfahren, ihn nach dem Winserbaum bringen lassen und seinen Arrest bis zum Erkenntniß auf das Absitzen im Niedergericht prosequiren müsse, falls er nicht den Versuch, sich an sein Vermögen zu halten, vorziehen will.

Das bisher geschilderte System wurde mit der Justiz-Organisation von 1815 nur zu einer Hälfte aufgegeben. Unverändert ist dasselbe im Stadium der Execution geblieben. Denn der Prätor hatte, nach art. 34 der Verordnung über das Verfahren, alle von irgend einer Justizbehörde erkannten Executionen nach vorgängig insinuirter Quernacht zu vollstrecken, und nach art. 36 blieb der Creditor befugt, gegen den unpfandbar Befundenen, falls er nicht etwa den Universalarrest vorzog, sofort auf den Freizettel anzutragen, um ihn demnächst auf den schweren Schilling zu setzen. — Dagegen ist die zweite und häufigere Kategorie, nämlich die aus öffentlichen oder recognoscibeln Documenten direct auf den Freizettel gerichtete Procedur, mit jenem Zeitpunkte erloschen, weil sie mit dem nicht wieder hergestellten früheren Verhältniß des Prätors zum Niedergericht zusammenhing. Nach art. 27 der Organisations-Verordnung sollte vielmehr kein Prätor in einer Sache, die nicht zur Prätur-Competenz gehört, einen Arrestbefehl verhängen dürfen, sondern dessen Gestattung in solchen Fällen zur Competenz des Präses resp. des Handels- oder Niedergerichts gehören, bei denen sich jedoch, so viel den Personal-Arrest betrifft, kein Surrogat für das frühere, durch Gesetze und die tägliche Anwendung fest geregelte Verfahren gebildet hat. Für die hierbei wichtigste Klasse, die Wechselforderungen, scheint die einzige Besonderheit, daß ein verurtheilendes Erkenntniß ohne Tagdingung zur sofortigen Execution verwiesen wurde, ausgereicht, und die lehrreiche Erfahrung sich ergeben zu haben, daß die ehemalige, nur provisorische und nicht erschöpfende Proceßart durch die kräftige und intelligente Handhabung zweckmäßiger allgemeiner Formen völlig entbehrlich

wurde. Die Zahl derjenigen Fälle, in denen anderweitig unter besonderen Umständen der Personalarrest von einem Gerichtspräses verstattet und dann durch Requisition der Polizeibehörde ausgeführt wurde, ist äußerst gering; [1]) meistens legte bei Forderungen an Wegfertige oder bei dem Verdacht sogenannter Schwindeleien die Polizei sich in's Mittel, und eine vor mehreren Jahren offiziell berathene Verordnung zur Beseitigung der in diesem Gebiete entstandenen Zweifel und Bedenken ist nur Entwurf geblieben. Eine dringende Veranlassung zur neuen Ordnung dieses unsichern Zustandes wurde vor Kurzem durch die deutsche Wechselordnung geboten, nach deren § 2 der Wechselschuldner für die Erfüllung der übernommenen Wechselverbindlichkeit mit seiner Person und seinem Vermögen haftet. Man hat sich jedoch begnügt, in dem hiesigen Einführungsgesetz von 1849 darüber zu sagen: "der Wechselarrest wird, auf gerichtliche Erkennung des Freizettels, in der für den Schuldarrest im Allgemeinen hieselbst gebräuchlichen Modalität verfügt." (§ 3.) Jede Möglichkeit der Annahme, als ob hierdurch etwas Früheres zurückgeführt oder etwas Neues eingeführt werden sollte, wird durch die Senats-Motive zu jener Stelle beseitigt. Dieselben erklären: "Wir haben nämlich bisher" (d. h. seit 1815) "einen speciellen Wechselarrest, der sich von der gewöhnlichen Schuldhaft unterschiede, überall nicht; diese letztere aber ist im Vergleich mit der Strenge des Wechselarrestes anderer Länder sehr gelinde, da dabei einmal keine Verhaftung im Hause Statt finden darf, und ferner die Haft durch Insolvenzerklärung immer gehoben werden kann, wenn nicht der Debitor selbst eine Abtragung der Schuld durch Absitzen von 1000 Mark pro anno vorzieht. (?) Eine größere Strenge bei Wechselschulden einzuführen ist, nicht erforderlich; ohne desfallsige ausdrückliche Verfügung würde aber unter dem jetzt vom Gesetze einge-

---

[1]) Ein solcher im Jahr 1832 vorgekommener Fall wird in Gries Commentar Bd. I. S. 55 folg. mitgetheilt.

führten Wechselarrest ein strengeres Verfahren verstanden werden können." Es würde darunter verstanden werden müssen: Denn während das Verfahren gegen die Person als Executionsmittel dem gemeinen Recht fremd geblieben ist,[1]) blühet dort der Wechselarrest gerade in der uns neuerlich aus zufälligen Veranlassungen abhanden gekommenen Form, und das Grundprincip der Wechselordnung des ad hoc scheinbar einigen Deutschlands ist sonach in dessen erster Handelsstadt kraft eines dolus optimus todtgeboren geblieben.

Wir stehen nämlich entschieden auf der Seite aller Derjenigen, welche in dem Schuldarrest ein Ueberbleibsel widersinniger Barbarei mißbilligen,[2]) wobei sich von selbst versteht, daß dadurch weder der Zwang gegen Wegfertige Sicherheit für eine sonst schwer exigible Forderung zu leisten, noch die gerechte Bestrafung betrügerischer oder leichtsinniger Falliten confundirt werden darf. Die Schuldhaft stellt sich dar als ein dem Schuldner von Staatswegen zugefügtes Uebel. Ein solches läßt sich aber überhaupt nur rechtfertigen entweder als Strafe für eine begangene strafwürdige Handlung, oder als Mittel, etwas zu erzwingen, worauf der Staat für sich selbst oder für seine Rechtsordnung ein Zwangsrecht hat. Mit der Strafe für begangene Verbrechen hat der Schuldarrest nur das gemein, daß er, wie die Strafe mit der Größe der Verschuldung, so mit der Summe der Geldschuld sich steigern läßt (z. B. in Hamburg für 1000 Mark ein Jahr, für 5000 Mark 5 Jahre), so wie, daß zwischen Strafgefangenen und Schuldgefangenen kein wesentlicher Unterschied in

---

[1]) Zur Verdrängung der altdeutschen Sitte trug namentlich das Canonische Recht bei. Cap. 2. X. de pignor. "Lex habet, ut homo liber pro debito non teneatur, etsi res defuerint quae possint pro debito addici."

[2]) Vergl. z. B. Reibnitz Ideal einer Gerichtsordnung Bd. I. S. 321 folg. Mittermaier Proceßvergleichung Heft 3. S. 199. Derselbe im Archiv für civil. Praxis Bd. 14. No. IV. XI. Francke daselbst Bd. 23. S. 402—405.

der Behandlung gemacht werden kann. Allein ist es strafwürdig, kein Vermögen zu besitzen, oder das Erworbene durch Unglücksfälle wieder verloren zu haben, und ist der Schuldner von 2000 immer doppelt so strafbar, wie der von 1000? Verdient die Behandlung eines Verbrechers Derjenige, der sich für einen Freund verbürgte, dessen Rechtlichkeit er trauete, und durch ihn auf weniger als nichts reducirt wird, oder der Familienvater, der ein Darlehn aufnahm, um die Seinigen in einer schweren Krankheit kuriren lassen zu können, und der sich von einem unerbittlichen Gläubiger bedrängt sieht? — Mit dem Executionszwange hat die Schuldhaft die Aehnlichkeit, daß der Schuldner, um aus ihr befreiet zu werden, jede Möglichkeit aufbieten soll und wird, um den Gläubiger zu befriedigen. Es ist jedoch in der Regel vollkommen widersinnig, den Schuldner für diesen Zweck in eine solche Lage zu versetzen, durch welche ihm jede Möglichkeit des Erwerbes abgeschnitten wird. Der Verdacht, daß er noch verborgene Hülfsquellen habe, zu deren Aufdeckung und Benutzung er durch den Arrest gezwungen werden soll, könnte zwar genaue Erkundigungen und Nachforschungen rechtfertigen, nimmermehr aber eine Gefangenhaltung, deren Dauer bei dem bloßen Verdacht selbst des schwersten Verbrechens als verwerflich anerkannt ist, und noch weniger kann diese entfernte Möglichkeit zur Aufstellung einer Regel führen, deren Voraussetzung nur in den seltensten Fällen zutrifft. Man kann zwar mittelst dieser Art von Folter darauf speculiren wollen, daß wohlhabende Verwandte oder Freunde des Schuldners sich vielleicht bewegen lassen, statt seiner zu bezahlen, um ihn aus der Gefangenschaft loszukaufen. Aber nicht allein müßte der Arrest dann jedes Grundes entbehren, wenn dem Schuldner keine solche reichen und zugleich weichherzigen Vettern zur Verfügung stehen, sondern der Staat ist auch überall nicht befugt, einen Bürger deshalb zu quälen, damit andere Unbetheiligte, durch den Anblick seines Unglücks zum Mitleiden bewogen, ihr Geld opfern, um ihm die Freiheit zu verschaffen.

Der auffälligste Gesichtspunkt bei dieser mittelalterlichen Ruine ist derjenige einer Privatrache. Wer dem Gläubiger einen pecuniären Verlust verursacht, beschädigt und verdrießt ihn oft nicht weniger empfindlich, als durch eine Verletzung, für welche ursprünglich nur die willkürliche Privatklage Statt fand, an deren Stelle später bei wirklichem Verschulden öffentliche Verfolgung und Bestrafung getreten ist. Noch jetzt will der Gläubiger, wenn er sein verlorenes Geld im Stich lassen muß, wenigstens die Satisfaction genießen, seinen Schuldner dafür in Unglück und Schande gebracht zu haben. Dies wird theils dadurch evident, daß es lediglich von der Willkür des Creditors abhängt, ob er den Schuldner seiner Freiheit berauben will oder nicht, theils durch die Bedingung, daß er ihn auf seine eigenen Kosten im Gefängniß alimentiren, also seinen Verlust noch ansehnlich vergrößern muß, um sich jene Befriedigung verschaffen zu können. Daß aber die bürgerliche Gesellschaft sich selbst wenig ehrt, indem sie sich zum Werkzeug der sinnlosen Privatrache von hartherzigen Subjecten hergibt, anstatt dieser schlechten Gesinnung mit den Forderungen der Vernunft, der Sittlichkeit und Besonnenheit entgegenzutreten, — das sollte keines weiteren Beweises bedürfen.

Begreiflich kann eine so irrationale Institution auch hinsichtlich der Ausdehnung und Dauer der Schuldhaft kein Maaß und Ziel in sich selbst finden. Schon Grimm bemerkt, daß in der früheren deutschen Gesetzgebung hierüber etwas Unbefriedigendes und Unvollständiges liege.[1] Auf die Frage, wie lange ein zur Zahlung dermalen unfähiger Schuldner seiner Freiheit beraubt bleiben solle? ist allerdings die einfachste Antwort: so lange, bis er bezahlt hat oder bis der Gläubiger ihn laufen läßt; auch hält man es so in England und in Sachsen nach dem dort ausgebildeten Schuldthurmsproceß. Gleichwohl haben andere Gesetze es für nöthig ge-

[1]) Grimm Rechtsalterthümer S. 615.

halten, ein Maximum der Zeitdauer zu erfinden: schon die Nürnberger Reformation von 5 Jahren für Schulden bis 100 Gulden, und 10 Jahre für größere Summen. Nach der Preußischen Gerichtsordnung beträgt diese Zeit gewöhnlich ein Jahr, in Frankreich und Holland fünf, in Genf drei Jahre, nur in Hamburg für jede 1000 Mark ein Jahr, also für 50,000 schon ein halbes Jahrhundert. Statt dieser völlig bodenlosen Ansätze könnte ohne größere Inconsequenz auch die humanere Absitztaxe von hundert Thalern für jede Stunde gesetzlich eingeführt werden, wenn hier überhaupt commensurable Dinge vorlägen.

Man glaubt einzelne Gattungen von Schulden aufstellen zu können, bei welchen die persönliche Haft als Zwangs- oder Tilgungsmittel unumgänglich sey. Namentlich ist es eine hergebrachte Tradition, deren geschichtliches Mißverständniß oben angedeutet wurde, die Bereitschaft des Schuldarrestes gegen den Nichtzahlenden für das Charakteristische des Wechselrechts zu erklären. Noch jetzt wird von Schriftstellern, die im Allgemeinen den Schuldarrest verwerfen, jene sogenannte Wechselstrenge für unentbehrlich zur Aufrechthaltung des kaufmännischen Credites ausgegeben. Anderer Meinung hierüber war die competente Stimme Laffitte's, welcher als Referent in der Franz. Deputirtenkammer im Jahr 1828 erklärte: "Les besoins du commerce ne réclament point l'exécution de la contrainte; elle ne s'exerce qu'au profile de lusure contre de malheureux pères de famille et quelques jeunes imprudens. Le commerce, qui civilise tout, n'a pas besoin pour sa sûreté de recourir à des moyens qui rappellent les tems de la plus grande barbarie." Ersichtlich könnte ein singuläres Drohmittel, eine Art von Pferdekur, nur etwa zu dem Zweck indicirt seyn, um grade die Nichtzahlung von Wechselschulden als eine eingewurzelte auf dem ordentlichen Executionswege nicht zu vertilgende Unsitte auszurotten. Statt dessen hat seit Menschengedenken kein Hamburger Kaufmann seine Wechsel, wenn er sie bezahlen konnte, abgesessen. Die Bemerkung, daß die kaufmännische Ehre zart und eben so

leicht verletzbar als die jungfräuliche sey, [1]) ist grade insoweit richtig, als die letztere nicht blos durch brutale Nothzucht, sondern schon durch jede Berührung wider Willen verletzt wird. Die solide Ehrenhaftigkeit erforderte von jeher die prompte Wechselzahlung am Verfalltage, ohne Benutzung der früher gesetzlichen Respittage; schon das Zurückgeben des Wechsels erschüttert den Credit, und ist ein Zeichen seiner Vernichtung. Gleichgültig ist hierfür die Auswahl unter den verschiedenen, zum Executionszwange geeigneten und im Allgemeinen zulässigen Mitteln. Wollte man die vermeintliche absolute Erzwingbarkeit der Zahlung eines concreten Wechsels consequent urgiren, so müßte auch der Concurs des Schuldners auf die Erlangung und Fortsetzung des Wechselarrestes ohne Einfluß bleiben. [2]) Allein dawider protestirten die Verfasser der deutschen Wechselordnung, [3]) wie auch unser Senat

---

[1]) Mittermaier im Archiv für civil. Praxis Bd. 14. S. 259.

[2]) Schweppe System des Concurses § 53.

[3]) Der ursprüngliche Entwurf enthielt den § 92. "Ist über das Vermögen des Wechselschuldners Concurs eröffnet, so kann der Eigenthümer des Wechsels, außer der Verfolgung seines Rechtes gegen die Concursmasse, auch die Person des Wechselschuldners wechselmäßig in Anspruch nehmen." Die Motive verwiesen hierfür auf § 115 des Anhangs zum allg. Preuß. Landrecht und § 319 des Anhangs zur allg. Gerichtsordnung. Der Vorschlag fand jedoch in der Leipziger Conferenz fast allgemeinen Widerspruch. "Der Schuldner, ward bemerkt, der in Concurs verfalle, dürfe keine Zahlung mehr leisten. Habe er Vermögensstücke bei Seite gebracht, so habe er ein Verbrechen begangen und verfalle dem Strafrichter. Werde er durch den Arrest vermocht, aus jenem unterschlagenen Vermögen den Wechselgläubiger zu bezahlen, so erscheine Letzterer als Theilnehmer an der widerrechtlichen Handlung, was die Gesetzgebung untersagen und ahnden müsse. Solle aber der Arrest ein Motiv für Verwandte oder Freunde des Schuldners abgeben, aus ihren Mitteln den Gläubiger zu befriedigen, so dürfe abermals die Gesetzgebung zu einer solchen moralischen Nöthigung dritter, nicht verpflichteter Personen keineswegs die Hand bieten. Auf den erhobenen Einwand, daß nur allzu oft die Gläubiger durch fraudulöse Fallimente hintergangen würden,

in den oben angeführten Motiven eine solche Strenge für "nicht erforderlich" erklärte. Hierdurch eben manifestirt sich von Neuem das Unsittliche der ganzen Anstalt. Denn da die Concurseröffnung jederzeit durch die Insolvenzerklärung des Schuldners eben so wohl wie auf Anhalten des Gläubigers unter vorausgesetzter Unpfandbarkeit erfolgen kann, so setzt die Ausführung des Wechselarrestes wie der Schuldhaft überhaupt stets eine stillschweigende Uebereinkunft beider Partheien, ihm auf jenem Wege nicht entgehen zu wollen, voraus. Eine Gesetzgebung aber, welche im Uebrigen die persönliche Freiheit respectiren will, wird dieselbe ohne Immoralität nicht, nach Analogie des Schleswig-Holsteinischen Einreitens, durch ihre Schuldthürme zur beliebigen Verfügung der Partheien stellen dürfen, zumal nachdem die deutsche Wechselordnung die Wechselfähigkeit zum Gemeingut aller auch nicht commercirenden Personen erweitert hat.

Fabelhaft klingt es, daß, abgesehen von Wechselschulden, das Absitzen oder die Schuldhaft mitunter auch als probates Schreckmittel für Ehefrauen gepriesen wird, um den separirten Ehemann zur Leistung von Alimenten, in welche er verurtheilt war, zu vermögen. Während das Verbot der Personalhaft eines Ehegatten auf Anhalten des anderen überall außerhalb Hamburg den Anfang der Gesittung bezeichnet hat, soll bei uns eine übrigens aus dem Leben verschollene Antiquität grade dort conservirt werden, wo sie den schroffsten Widerspruch zu der vermeintlich heilig gehaltenen "Würde der Ehe" bildet! [1]) Des Widersinnes zu geschweigen, der mit dem Prädicate abderitisch noch zu gelinde bezeichnet wird,

---

ward erwidert, daß geeignete Strafgesetze hiergegen zu richten seyen, wo es vielleicht noch nicht der Fall sey." Protocolle der Leipziger Conferenz S. 168.

[1]) Noch am 10. December 1847 wurde in S. Sauer c. mar. vom Niedergericht erkannt: "daß nunmehr wider den als unpfandbar befundenen Beklagten wegen der zur Execution verwiesenen Crt.-ℳ 42 Alimente der Freizettel zu erkennen sey."

daß eine Ehefrau ihren unpfandbaren Mann auf den schweren Schilling setzt, auf daß er sie nothdürftig alimentire.

Wenn die Todesstrafe und körperliche Züchtigung aus den Gesetzbüchern verschwindet, so bleibt die Freiheitsentziehung als die einzig rationelle Strafart. Wenn die Untersuchungshaft in ihrer Dauer möglichst reducirt, und hinsichtlich ihrer Zulässigkeit auf die nothwendigen Fälle beschränkt wird, dann wird man auch allgemein Bedenken tragen, unglückliche Schuldner mit den der schwersten Verbrechen Ueberführten oder Verdächtigen auf gleiche Linie zu stellen. — Der nach der Februar-Revolution (wie in der früheren) von der provisorischen Regierung in Frankreich aufgehobene Schuldarrest wurde am 1. September 1848 von der Nationalversammlung durch 456 gegen 237 Stimmen wieder hergestellt. In der 54. Sitzung der deutschen Nationalversammlung erhob sich für den Antrag "die Schuldhaft findet nicht mehr Statt" nur eine Minderzahl. Aber solche Minoritäten wissen, daß sie durch den Fortschritt von Humanität und Vernunft zur Majorität werden müssen.

Eine Ausnahme von der Vollstreckung gegen die Person des Schuldners kennt schon unser bisheriges Recht zu Gunsten der Frauenzimmer. Der erst bei der zweiten Revision des neuesten Stadtrechts hinzugefügte Schlußsatz des art. 1. tit. 8. P. II: "Hätte sie aber ohne Consens ihres Vormundes etwas aufgeborget oder gekaufet, soll dem Gläubiger verstattet werden, ihr das oberste Kleid abzunehmen, bis daß er bezahlet ist", bezieht sich theils auf jene Ausnahme, theils auf die Folgen von ohne Curator mit Frauen geschlossenen Verträgen. Den ersteren Punkt betreffend, enthielt schon das älteste Stadtrecht den allgemeinen Satz: "Men schal of nene vrouwen to pande geuen vor gelt, de nicht gelden en mach." (IX, 13.) Dieses Verbot hat sich sowohl rücksichtlich der Caution durch Personalhaft als des Absitzens von ausgeklagten Schulden, in Uebereinstimmung mit dem Lübischen und Sächsischen Recht, für welches man sich auf Nov. 134. cap. 9 und die Auth. Hodie C. de custod. reor. berief, in

unserer Praxis erhalten;[1] nur die Frage, ob dasselbe sich auch auf Handelsfrauen erstrecke, wurde bisweilen bestritten.[2] Die Stelle der persönlichen Haft sollte aber als psychologisches Zwangsmittel das Abnehmen des Oberkleides vertreten, welches im älteren Lübischen Recht auch gegen Männer bei kleinen Schulden unter 8 Schillingen verordnet,[3] in Hamburg nur für Schulden von Weibern zugelassen,[4] und durch Präjudicate aus dem 17. Jahrhundert bestätigt ist.[5] Schon im 18. Jahrhundert galt diese Procedur für antiquirt.[6] — Daß aber eine solche, wie jede andere Executionsart, nur bei gesetzlich gültigen Schulden Anwendung leide, könnte höchstens wegen der etwas mangelhaften Redaction des angeführten art. 1 bezweifelt werden; bestätigt wird es jedoch durch den deutlicheren Gegensatz in unseren älteren Stadtrechten, und ist auch das Resultat der neuesten Interpretation von Gries.[7] Besonders klar wird der richtige Sinn durch die von dem Bürgermeister U. Winkel beabsichtigten Correctionen, wonach der Schlußsatz folgende Fassung erhalten sollte: "Hätte sie aber, ohne Consens ihres Vormundes, etwas aufgeborget oder gekaufet oder auch verhäuret und ihre Güter dadurch verbessert, soll dem Gläubiger verstattet werden, auf

---

[1]) Schlüter vom Amte eines Gerichtsverwalters Th. 1. tit. 28. § 49. "Und mit diesem alten Gesetz stimmt ein die Gewohnheit, maßen ich kein Exempel erlebet, daß eine Frauensperson Schulden halber in Hamburg arrestirt wäre, auch auf fleißiges Erkunden nicht erfahren können, daß es je geschehen."

[2]) Vegesack Comm. zu art. 1. tit. 8. P. II. Stat.

[3]) Hach Cod. II. art. 209. Cod. III. art. 191.

[4]) Stadtrecht von 1270 IX, 13. "Men schal ok nene vrouwen to pande geuen vor gelt, de nicht gelden en mach, sunder me orlouet deme manne dat ouerste cleit to allen tyden al wente he syn gelt heuet." Stadtrecht von 1292 M, X; von 1497 L, VI.

[5]) Bürgermeister Möller und Lefs zu art. 1. tit. 8. P. II. Stat.

[6]) Schuback vom richterlichen Amt Th. 2. cap. 18. § 13. 14. Klefeker Bd. 3. S. 433. Anderson Hamb. Privatrecht Th. 5. S. 339.

[7]) Vergl. Gries Commentar Th. 1. S. 21 — 27.

dasselbe, darinnen die Frau locupletirt ist, seine Klage anzustellen, und so weit die Execution in der Frauen Güter zu bitten, sonsten aber ihr das oberste Kleid abzunehmen, bis daß er bezahlet ist."

## § 4.

### Einleitung des Concurses.

Ein Jahrhundert ist verflossen, seitdem wir in der Neuen Falliten-Ordnung ein umfassendes, und zugleich das tiefgreifendste und originellste, ein wirklich organisches Product der topischen Legislation im Gebiete des Privatrechts erhalten haben. Es war der vierte [1]) und bedeutendste Versuch, in diesem Rechtstheile den Forderungen des gesteigerten vielseitigen Verkehres zu genügen, und durch eine weise Gesetzgebung das Recht des Gläubigers mit den Ansprüchen der Menschlichkeit für den Schuldner zu versöhnen. Dem Werthe der, für ihre Zeit nach Inhalt und Form trefflichen Arbeit kann es keinen Eintrag thun, daß jetzt wieder deren baldige und gründliche Revision zu den dringendsten Wünschen gehört. Wenn der Personalcredit durch die Wechselordnung, welche wir seit Kurzem besitzen, und der Realcredit durch ein Hypothekengesetz, wie es nach den Berathungen der im Jahr 1843 niedergesetzten Commission zur Verfügung steht, einen neuen kräftigen Schutz erlangt, so muß auch eine, auf diese beiden Werke gestützte und ihren Nutzen ergänzende zeitgemäße Concursordnung ein nicht mehr zu verkennendes Bedürfniß seyn. Eine anspruchslose Anregung dazu wird aber nicht bei Lösung der kleinen, das Detail betreffenden Controversen und Zweifel sich aufhalten; versuchen wir vielmehr, einige der

[1]) Die früheren Gesetze sind: der tit. 43. P. I des Stadtrechts von 1603, die neue revidirte Bankerottirer und Falliten Ordnung vom 1. October 1647, und der tit. 54 der Gerichtsordnung von 1711.

Grundgedanken zu prüfen, welche bei einem solchen Unternehmen den Ausgangspunkt bilden müßten, und für welche das bisher geltende Gesetz nur ein Moment ihrer geschichtlichen Entwickelung dargestellt hat. Hier, wie immer, muß das Verständniß und die Kritik den Weg für die wirkliche Reform bahnen, welche von den dazu Berufenen zu erwarten steht.

Die Jurisdictions-Verhältnisse während des Mittelalters machten es auch dem solventen, aber unredlichen Schuldner leicht, sich selbst sammt seiner besten Habe dem Bereiche der Gläubiger zu entziehen. Auf ein solches Verfahren bezieht sich die in unserem ältesten Stadtrecht enthaltene Anweisung, wie die zurückgelassenen Güter unter Diejenigen, die einen Anspruch darauf gerichtlich geltend machen können, getheilt werden sollen. [1]) Ferner ist vorhin nachgewiesen, wie man bei anerkannten oder unbestreitbaren Forderungen raschen Schrittes zur Personalhaft gegen den Schuldner gelangen konnte, dem dann die Sorge überlassen blieb, seine Freiheit durch Befriedigung des Gläubigers wiederzugewinnen. Das gleichzeitige Auftreten mehrerer Creditoren mußte jeden von ihnen noch mehr zum ungesäumten Betreten dieses Weges anspornen, und das Bewußtseyn der Insolvenz auch den blos unglücklichen Schuldner veranlassen, sich ihrer persönlichen Verfolgung bis auf Weiteres durch die Flucht zu entziehen. Dadurch aber wurden die Gläubiger genöthigt, das zurückgelassene und sonst etwa erreichbare Vermögen des Flüchtigen aufzusuchen und zu ihrer theilweisen Befriedigung zu verwenden. Dieser Fall, als der damals gewöhnlichste, wird ausschließlich erwähnt in der Nürnberger Reformation von

---

[1]) Stadtrecht von 1270 VI, 15. "So wor een man by slapener bet varet uth der stad, vnde guden luden ere gud vntforet: so wat an deme huse blift sines gudes, des schal de husbere alder erst nemen de hushure, alſo vele alſe he holden wil uppe den hilgen. Vnde so wat dar bouen is, so wor dat is, dat scholen de anderen hebben gelik de it mit rechte tugen mogen vnde wynnen mark markelike."

1564, einem der ältesten Concursgesetze, aus welchem der tit. 43 unseres Stadtrechts durchgängig geschöpft ist.[1]) Dieser letztere erwähnt jedoch daneben schon der hieselbst betretenen Falliten, welche in gefängliche Haft genommen und auf dem Winserbaum verwahrt werden, so wie in der zweiten Revision (von 1605)[2]) der Gläubiger eines in Schulden vertieft Verstorbenen, die sich gleichfalls lediglich an seinen Nachlaß verwiesen sehen mußten. Das Stadtrecht, und noch deutlicher die Falliten-Ordnung von 1647 kennen und erwähnen demnach nur solche Falliten, welche entweder ausgetreten (flüchtig geworden), oder gefänglich eingezogen, oder in Schulden vertieft gestorben sind. Erst die Gerichts-Ordnung von 1711 statuirt auch die Möglichkeit, daß Jemand, der sich zu beweisen getrauet, wie er durch Unglücksfälle in Schuldenlast gerathen sey, vorläufig unangefochten hieselbst das Resultat des Concursverfahrens über sein Vermögen abwarten dürfe.

Die Gesetzgebung hat aber von jeher die Nothwendigkeit erkannt, so viel an ihr war, einer möglichen Abwendung des wirklichen Concursverfahrens förderlich zu seyn. Das ältere Verfahren, indem es die Person des Schuldners der Härte seiner Gläubiger und der unverständigen Rache jedes einzelnen von ihnen preisgab, verfehlte die vernünftige Berücksichtigung des wahren Zweckes der Creditoren, welcher immer nur auf wirkliche Befriedigung, so weit sie möglich ist, gerichtet seyn kann. Wenn der Schuldner sich ihren Verfolgungen bis auf Weiteres durch die Flucht entzogen hatte, so lag es im beiderseitigen Interesse, daß eine Verständigung über Dasjenige, was er zu leisten im Stande und erbötig sey, wenigstens

---

[1]) Der tit. 12. Th. 1 der Nürnberger Reformation ist überschrieben: "Von trünnigen oder flüchtigen Schuldnern, und wie gegen iren Personen und Gütern gehandelt und exequirt werden soll." Der tit. 43. Stat. Hamb. "Von Banckerottirern und flüchtigen Schuldnern, und wie gegen ihre Personen und Güter gehandelt und procediret werden soll."

[2]) Damals hat auch der hiermit zusammenhängende art. 10 des Titels von Arresten (tit. 17. P. I) seine jetzige Gestalt erhalten.

versucht würde. Dazu gehörte die einstweilige Sicherung seiner persönlichen Freiheit, der Schutz gegen die an sich legalen Zwangsmittel, welche von jedem Einzelnen, der nur auf Abwendung seines eigenen Schadens bedacht war, hätte angewandt werden können. Dieser Schutz wurde von der obrigkeitlichen Gewalt, bei uns vom Rathe, dem Schuldner wie dem eines Verbrechens Angeklagten in Form des freien Geleites zugesichert und ertheilt. Aber derselbe mußte zugleich eine Versagung der Rechtshülfe für jeden Gläubiger enthalten, der, unbekümmert um die Großmuth oder die Berechnungen der Mit-Creditoren, sein wohlerworbenes Recht mit Strenge geltend machen will, und zwar von Seiten eben der Behörde, die ihm zu solcher Hülfe grundgesetzlich verpflichtet war. Deshalb verpflichtete sich der Rath mehrfach, keinen entwichenen Schuldner gegen den Willen der dabei betheiligten Bürger zu geleiten. Die älteste Verfügung darüber findet sich in den neueren Zusatzartikeln zum Stadtrecht von 1292: [1]) Wenn Jemand Gut auf Borg käuft oder baar Geld anleihet, und dann ohne zu bezahlen flüchtig wird, so soll der Rath ihn nimmermehr gegen den Willen der Gläubiger "vehligen" [2]) in diese Stadt zu kommen. In den älteren Recessen verspricht der Rath, Niemand für Bürger-Schuld zu geleiten, ausgenommen Fürsten, Sendboten der Herren und Städte und deren Gefolge. Geleitet er Jemand wegen Noth und Nutzen der Stadt, so soll es den Gläubigern angekündigt werden, damit sie sich vor "unrechtem Anfang" bewahren können. [3]) Ausführlicher wurde diese Zusage im Receß von 1529 (art. 5) erneuert, aus welchem sie in das Stadtrecht (art. 4. tit. 2. P. I.) übergegangen ist: Niemand

---

[1]) Stadtrecht von 1292 G, 30; von 1497 A, 24.

[2]) Der Ausdruck "vehligen", der sich noch art. 4. tit. 2. P. I wiederfindet, bezeichnet die Ertheilung des Schutzes für Jemand, der aus rechtlich anerkannter Ursache in seiner persönlichen Sicherheit gefährdet ist. S. Göschen Statuten von Goslar S. 431.

[3]) Receß von 1410 art. 10; von 1458 art. 16; von 1483 art. 22.

soll für Bürgerschuld Geleite erhalten, falls nicht sämmtliche Creditoren darin gewilligt haben. Vorher soll der Schuldner seine sämmtlichen hiesigen Gläubiger auf seinen Eid namhaft machen. Verschweigt er dabei die Wahrheit und geleiten ihn die von ihm angegebenen sämmtlich, so werden sie zwar Denjenigen, die er verschwiegen hat, nicht verantwortlich; wollen aber die letzteren das ohne sie bewilligte Geleit nicht gelten lassen, so verliert der Schuldner dasselbe. Wird ein Schuldner ohne Vollbort jedes der von ihm genannten hiesigen Gläubiger geleitet, so soll Denjenigen, die darin nicht gewilligt haben, ihre Forderung von den übrigen ohne Widerrede zu voll bezahlt werden müssen. — Das Recht, welches hier ausdrücklich auf Bürger für ihre Forderungen beschränkt war, weil man dem Nichtbürger nicht den gleichen Anspruch auf Rechtshülfe einräumte, wurde später auch den Einwohnern in den mit ihnen geschlossenen Aufnahmecontracten zugesichert. [1]) Die Bedingung war demnach, daß der flüchtige Schuldner, mit Benennung aller seiner Creditoren, den erforderlichen Schutz, um einen Vertrag mit ihnen zu unterhandeln, nachsuchte, und daß seine als Bürger oder Einwohner hier ansässigen Gläubiger sämmtlich darin willigten; unter dieser Voraussetzung soll der Rath ihm das Geleit ertheilen, um sich nach art. 6. tit. 43. Stat. auf 14 Tage, nach dem Gesetz von 1647 auf vier Wochen hier aufhalten zu dürfen; eine Verlängerung dieser Frist sollte gleichfalls nur mit Consens der Creditoren zulässig seyn.

---

[1]) Die Worte lauteten: "Alldieweil auch vermöge dieser Stadt Rechten, für Bürger-Schulden ohne ihren Consens niemand vergeleitet werden kann, so thut E. E. Rath sich dahin erklären, daß ein Einwohner zeitwährender seiner erhandelten Jahren allsolcher bürgerlichen Gerechtigkeit mit genießen, und von E. E. Rathe in solcher Zeit wider seine Schulden kein Geleit mitgetheilt werden soll." Dieser Satz (vergl. Thesaur. jur. prov. Tom. I. pag. 1158. No. IX) findet sich noch in den revidirten Artikeln von 1765. Sammlung Hamb. Gesetze Bd. 2. S. 373. Vergl. Klan und Anderson zu art. 4. tit. 2. P. I. Stat.

Das Unzweckmäßige dieser gesetzlichen Strenge muß jedoch schon früh empfunden seyn; namentlich mogten einzelne Gläubiger darauf speculiren, daß, um ihren Widerspruch zu beseitigen, die übrigen sich entschließen mußten, ihre Forderung vollständig abzufinden. Es bildete sich daher bald eine wesentlich abweichende Praxis: die Langenbeck'sche Glosse (A, 14) berichtet unter Anführung einzelner Fälle, daß schon im Anfang des 16. Jahrhunderts der Rath vielfach das freie Geleit auf Consens der bloßen Mehrheit der Gläubiger nach der Größe der Forderungen bewilligt habe, und sucht dies durch die Analogie des Römischen Rechts zu rechtfertigen. Das Nämliche proponiren die Correctionen des Syndicus Möller zu art. 4. tit. 2, falls zwei Drittheile der Creditoren, nach Quantität der Schulden gerechnet, darin consentiren würden, und die Gerichtsordnung von 1711 tit. 54. art. 11 in folgender Form: "Wann das Geleit von zwey Drittheil der Creditoren, welche nicht nach Anzahl der Personen, sondern nach Größe der an den Debitoren habenden Forderung zu rechnen, jedoch daß selbige sämmtlich hiesiger Stadt Bürger und Einwohner sind, eingewilliget wird, soll der übrige dritte Theil hiesiger Creditorum nebst den fremden solches ebenfalls für genehm zu halten schuldig seyn." [1]) Diese Gerichtsordnung ist überdies noch einen Schritt weiter gegangen: sie gestattet (art. 2), daß dem Falliten, welcher sich selbst nur als unglücklich qualificirt, vom Rath ein sicheres Geleit in seinem eigenen Hause concedirt werde, um mit den sämmtlichen Creditoren einen raisonnabeln und beliebigen Accord zu treffen. Dadurch war also die Nöthigung für den Ueberschuldeten aufgehoben, sich seiner persönlichen Sicherheit wegen vorerst von hier zu entfernen; er konnte vielmehr ein sicheres Geleit erhalten, um ungefährdet wenigstens bis zu ausgemachter Sache in seiner Wohnung zu bleiben, und

---

[1]) Das Nämliche wird in art. 29 dieses sehr nachlässig und confus redigirten Entwurfes nochmals wiederholt.

dieses Benefiz konnte ihm auf sein Ansuchen vom Rathe bewilligt werden, ohne daß es dazu des Consenses auch nur der Mehrzahl der Gläubiger bedurfte, welcher nur noch bei dem im Bewußtseyn seiner Strafwürdigkeit entwichenen Falliten erwähnt wird. Zuletzt erscheint, nicht lange nachher, die Entfernung des Schuldners von hier, welche früher ein Naturale des Fallissements und die gewöhnliche Einleitung dazu gebildet hatte, als ein besonderes Vergehen gegen die Gläubigerschaft; der Insolvente hat nach der Neuen Falliten-Ordnung im Manifestationseide ausdrücklich anzugeloben, daß er ohne specielle Einwilligung seiner Güterpfleger aus der Stadt und deren Jurisdiction sich nicht begeben wolle. Nach dieser Auffassung konnte es in der Regel eines freien Geleites nicht weiter bedürfen, d. h. was früher eine exorbitante Vergünstigung der obrigkeitlichen Gewalt gewesen war, mußte sich nun in einen gesetzlich anerkannten allgemeinen Rechtssatz, in ein nothwendiges Correlat der dem Debitor auferlegten Verpflichtung am Platze zu bleiben, verwandeln. Nur der ziemlich unpassend gewordene Name erinnert noch an die ehemaligen Verhältnisse, wenn die Neue Falliten-Ordnung art. 14 ausspricht: Diejenigen, welche den Manifestationseid willig leisten, sollen eines sichern Geleites sowohl für hiesige als fremde Schulden genießen, und während der Berichtigung ihres Creditwesens mit keinem Personalarrest belegt werden. Daß diese bloße Suspendirung des Absitzens oder der Caution durch körperliche Haft den Schuldner nicht gegen eine etwaige, später ihn aus besonderen Gründen treffende, Criminalstrafe zu schützen vermöge, scheint sich nach heutigen Begriffen freilich von selbst zu verstehen; Beides war jedoch damals noch so wenig scharf geschieden, daß das Gesetz die Ausnahme speciell hinzufügt: wenn der Fallit nachgehends überführt würde, daß er entweder meineidig gewesen, oder sonst etwas der fiscalischen Ahndung werthes begangen hätte, dann solle ihm das sichere Geleit weiter nicht zu Statten kommen. — Wenngleich endlich die häufigste Veranlassung für das Entweichen des Schuldners jetzt hin-

weggefallen war, so konnte er doch aus Furcht oder Gleichgültigkeit es vorziehen, sich dem hiesigen Verfahren zu entziehen; in diesem Fall erklärt ihn die Falliten-Ordnung art. 16 zwar des sicheren Geleites für unwürdig, gleichwohl soll ihm ein solches auf zwei und mehrere Monate zum Besten der Masse ertheilt werden, und die frühere Frage nach dem Bewilligungs- oder Widerspruchsrecht der einzelnen Gläubiger ist jetzt dahin entschieden, daß auch in diesem Punkte das Ermessen der Curatores bonorum den Willen sämmtlicher Creditoren vertritt. [1])

Da das Concursverfahren dem Gerichtsgebrauche großentheils seine Entstehung und weitere Ausbildung verdankt, so können die meisten dahin gehörigen Grundsätze aus Gründen des practischen Bedürfnisses oder der Zweckmäßigkeit erklärt und gerechtfertigt werden. Aus den regelmäßigen Voraussetzungen des Concurses, der Mehrheit von Gläubigern und der Insufficienz der Masse zu deren völliger Befriedigung, [2]) ergiebt sich seine sogenannte Universalität. Zwar bezieht sich das Eigenthum und Faustpfand immer auf einzelne zum Vermögen gehörige Sachen, und ist weder Eigenthum noch Besitz von Mehreren an demselben Gegenstande in solidum möglich. Aber schon das besitzlose Pfandrecht läßt gleich gültige Rechte oder den Vorrang Anderer an demselben Objecte zu, und bei Ansprüchen an das ungeschiedene Vermögen des Schuldners zeigt sich sofort, da zu diesem eventuell jeder Gläubiger berechtigt ist, und zu dem Vermögen jeder von Rechts wegen dahin gehörende Theil gezogen werden muß, daß, abgesehen von Vindicanten und was ihnen gleichsteht, mit Sicherheit Niemand für seinen Antheil abgefunden

---

[1]) Das Formular des Geleitsbriefes siehe bei Anderson Hamb. Privatrecht Th. 5. S. 220. Hasche Erläuterung der Falliten-Ordnung Th. 1. S. 361.

[2]) Die Ausnahmen, daß ein Gläubiger allein alle Forderungen der übrigen übernimmt, oder daß die Befriedigung aller Gläubiger noch einen Ueberschuß läßt, sind fast nur doctrinell.

werden kann, so lange nicht einerseits der ganze Bestand der Activmasse festgestellt, und andererseits zugleich Jeder ausgemittelt ist, der eine Concurrenz oder Collision mit den schon bekannten Gläubigern herbeiführen kann und will. Und da das Concursverfahren ursprünglich für solche Fälle geordnet wurde, wo es ohne persönliches Zuthun des Schuldners eingeleitet und durchgeführt werden mußte (weil er flüchtig geworden oder verstorben war), so finden sich schon in unseren älteren Rechtsquellen diejenigen wichtigeren Maaßregeln erwähnt, welche der Ausmittelung der Activ- und Passivmasse, so wie der Sicherstellung, Verwaltung und Veräußerung der ersteren zu dienen geeignet sind.

Wenn nämlich die hiesigen Güter des Schuldners von ihm bei seiner Flucht derelinquirt, durch seinen Tod oder Gefangensetzung seiner Verfügung entzogen waren, so kam es vor Allem darauf an, sich derselben im Interesse der Creditoren zu bemächtigen. Die Form hierfür war die nämliche, in welcher einzelne Vermögensstücke für den einzelnen Gläubiger vorläufig gesichert werden: der gerichtseitig verhängte Arrest. Ein solcher wird den Gläubigern, nach dem Vorgange der Nürnberger Reformation, bereits in art. 2. tit. 43. Stat. auf des Schuldners Habe und Güter zugesichert; weil er aber, gemäß dem vorhin erwähnten Grundsatze der Universalität, als Object das ganze Vermögen des Schuldners ergreifen mußte, so hat er seit der Falliten-Ordnung von 1647 den noch jetzt gangbaren Namen "Universalarrest" erhalten. Während man sich heut zu Tage kaum noch etwas Erhebliches bei diesem Ausdruck zu denken weiß, sollte er nach den Gesetzen, mit Einschluß der Neuen Falliten-Ordnung, in der reellsten Bedeutung zur Ausführung gebracht werden. Hatte der Prätor (in seiner Eigenschaft als Vorsitzender des Niedergerichts) ihn erkannt, so bewirkt er, auf Vorzeigung des darüber ausgestellten Protocoll-Extractes:

a) die Anfertigung des vollständigen Inventars über des Schuldners Vermögen durch den Gerichts-Actuar, der

dasselbe demnächst durch Nachtragung aller später noch aufgefundenen Activa zu ergänzen hat; [1])

b) die Versiegelung durch den Gerichtsvoigt, welche sich insbesondre auch auf des Schuldners Handlungsbücher, Rechnungen und sonstige Schriften erstreckt;

c) die Einlegung von Wächtern in das von dem Schuldner bewohnte oder bewohnt gewesene Local, um eine etwaige Zerstreuung oder Veruntreuung der Güter zu verhüten.

d) Die vorstehenden Schritte konnten nur das Beisammenhalten der schon bekannten und zugänglich gewesenen Güter bezwecken. Es mußte aber zugleich unternommen werden, die in fremdem Besitz befindlichen Vermögenstheile und Ausstände behufs Constituirung der Activmasse vollständig herbeizuschaffen. Hierzu dient ein nicht sowohl gerichtlicher als obrigkeitlicher Act, das sogenannte *Mandatum arrestatorium*. Es sollte nämlich, "damit sich Niemand seiner Unwissenheit halber zu entschuldigen habe," von dem präsidirenden Bürgermeister ein öffentliches Mandat erlaubt, und im Namen des Rathes, mit dem Stadtsiegel versehen, an das Rathhaus angeschlagen (später auch in den Zeitungen inserirt) werden, worin die Verhängung des Universalarrestes bekannt gemacht, und den hiesigen Bürgern und Einwohnern geboten wurde: daß bei Strafe von 500 Thalern Jeder dasjenige, was er von des Schuldners Gütern in Besitz, Gewahrsam oder Verwaltung habe, möge es ihm verpfändet, versetzt, bei ihm deponirt oder sonst eingehändigt seyn, auch was er demselben an Geld oder Waaren zu bezahlen und zu liefern schuldig, ungeachtet seines Anspruchs auf Compensation oder Retention, binnen 14 Tagen bei dem Gerichtsschreiber mittelst einer schriftlichen Specification oder mündlich anzeigen sollte. Zugleich werden die hiesigen Gläubiger aufgefordert, sich in gleicher Frist mit ihren Forderungen bei dem Gerichtsschreiber

---

[1]) Art. 2. 5. tit. 43. P. I. Stat. Falliten-Ordnung von 1647 art. 2. Gerichts-Ordnung von 1711 tit. 54. art. 5. 25. Neue Falliten-Ordnung art. 17.

zu melden. Diese letztere Aufforderung hatte jedoch nicht die Bedeutung des davon unabhängigen Concursproclams, sondern war nur mit dem Präjudiz verknüpft, daß, falls nachher auf der bekannten Gläubiger Consens der Fallit ein freies Geleit erhielte, die nicht angemeldeten dasselbe gleichfalls, wie wenn sie es wirklich mit unterzeichnet hätten, zu halten schuldig seyn sollten. [1])

Nachdem im Jahr 1815 die Behandlung der Fallitsachen, so weit dieselbe vorher dem Rathe zustand, an das Handelsgericht übergegangen war, konnte eine Unsicherheit darüber entstehen, welche Behörde jetzt zur Erlassung der arrestatorischen Mandate competent sey? Unsere Gerichte haben in zwei seitdem vorgekommenen Fällen sich davon losgesagt [2]), und ob eine solche juristische Monstrosität noch bei dem präsidirenden Bürgermeister zu erlangen gewesen wäre, ist uns nicht bekannt.

Der Universalarrest mit seinen vorstehend bezeichneten Wirkungen folgt, hinsichtlich der Bedingungen seiner Zulassung, der rechtlichen Natur des Arrestes überhaupt. Er setzt daher die Nachweisung bereits ausgeklagter oder hinlänglich bescheinigter Forderungen, und als causa arresti den schon entschiedenen oder mindestens präsumtiven Zustand der Insolvenz desjenigen, gegen den er nachgesucht wird, voraus. Dies letztere Requisit kann, nach der Natur des Personalcredites schon durch den Umstand, daß mehrere Gläubiger es für erforderlich halten, auf ihre Sicherung Bedacht zu nehmen, sich als wahrscheinlich darstellen. Die Falliten-Ordnung von 1647 verlangt, daß "es genugsam ruchbar geworden, daß er insolvent oder in Schulden vertieft sey."

---

[1]) Art. 2. tit. 43. Stat. Falliten-Ordnung von 1647 art. 2. Gerichts-Ordnung von 1711 tit. 54. art. 6—10. Das Formular des mand. arr. ist gedruckt bei Hasche Erläuterung der Neuen Falliten-Ordnung Th. I. S. 373.

[2]) Erkenntnisse des Niedergerichts in S. Poppenhusen und Conf. Impl. (abgedruckt in Gries Commentar Th. I. S. 49) und in S. cur. bon. Auerbach Impl. vom 24. Juni 1837.

Später kam, falls der Schuldner sich nicht zugleich von hier entfernt hatte, die Cautel auf, daß der Universalarrest nur gegen geleistete Caution und periculo petentis verstattet wurde.[1]) Auch war es in diesem Fall möglich, durch eine vorgängige Citation vor den Prätor "zur Erlaubung des Universalarrestes" in zweifelhaften Fällen dem Impetraten Veranlassung zu seiner etwaigen Vertheidigung zu geben. Am einfachsten freilich, und ohne Weiteres rechtfertigte sich dieser Arrest, wenn der Schuldner im Stadium der Execution bereits unpfandbar befunden war; der Gläubiger hatte hier die Wahl, sich entweder mit einem Freizettel gegen die Person, oder aber mit einem Antrage auf Universalarrest gegen das sonstige Vermögen zu wenden, und die Verordnung von 1815 hat in diesem Punkte nur das frühere Recht bestätigt,[2]) wie dasselbe auch in den Anfangssätzen der Neuen Fallitenordnung sanctionirt wurde. Wir wollen indeß noch etwas bei diesem art. 1 der Neuen Falliten-Ordnung verweilen, weil er aus Unbekanntschaft mit unseren Rechtsquellen bisweilen ungebührlich chikanirt worden ist.

Die Erwägung, unter welchen Voraussetzungen ein Universalarrest anzuordnen sey, blieb bei der Dürftigkeit desfallsiger gesetzlicher Bestimmungen der Cautelar-Jurisprudenz der Prätoren anheimgegeben; gleichwohl war die Frage in einer Handelsstadt von der erheblichsten Bedeutung. Eine um die Mitte des vorigen Jahrhunderts geschriebene Erörterung hierüber enthält die Abhandlung des Senator und nachherigen Bürgermeister Nic. Schuback vom richterlichen Amte in Hamburg (Sect. 2. cap. 17. § 20—23) in folgenden Sätzen:

"Der Ursachen, weswegen ein Universalarrest anzulegen, sind so viele, daß man davon unmöglich eine feste Regel

---

[1]) Krieger Introd. in prax. cap. 11. Sect. 7. § 1.

[2]) Verordnung über das Verfahren art. 36. "Wer in Mobilibus nicht pfandbar befunden, darf nicht verlangen, daß der Gläubiger seine Forderung dem Immobili des debitoris inscribiren lasse. Der creditor ist vielmehr befugt, sofort auf den Universalarrest oder Freizettel anzutragen."

geben kann, das Mehrste ist der vernünftigen und wohlbedächtlichen Ueberlegung eines Praetoris anheim zu stellen; jedoch wollen wir einige zur Probe hersetzen. — Eine justa causa arresti universalis ist, wenn ein debitor auf die gegen ihn verhängte Execution nicht pfandbar befunden, und dieses entweder durch den Gerichtsvoigt oder durch die Gerichtsbediente attestirt wird. Immobilia schützen hier nicht weiter, als wenn klar erwiesen wird, daß der creditor daraus könne bezahlt werden, und der debitor wollte die Schuld hineinschreiben lassen. — Wann mehr als ein Freizettel auf den debitor Schulden halber laufen, so hat der Universalarrest Statt, ja es kann wohl ein einziges genug seyn, jedoch müßte solches ein Dritter ausgewirkt haben, denn man kann nicht zugleich auf einen Freizettel und auf einen Universalarrest procediren, es sey denn, daß man die Action ändern und den Freizettel fallen lassen wollte. — Wenn verschiedene creditores zusammentreten, und die schlechten Umstände oder der gefallene Credit des debitoris per testes oder sonst bescheinigt wird, wozu die Bediente oft sehr geschickt sind, so wird der Universalarrest nicht leicht Zweifel finden. — Hat der debitor in den Universalarrest selbst consentirt, oder dazu im Protocoll in casum deficientis solutionis sich anheischig gemacht, so hat es gar kein Bedenken, ja die declaratio insolventiae wäre schon zureichend, jedoch ꝛc. — Wenn erwiesen würde, daß Jemand unter der Hand einen Accord gesucht hätte, so könnte der Universalarrest wohl stattfinden, jedoch wollte ich die Sache lieber zu Rath verweisen, zumal wenn der debitor Caution auf 75 Procent stellen könnte. — Wenn Jemand verschiedene Wechselbriefe von non Bezahlung hatte protestiren lassen, so würde der Verdacht sehr groß, mithin der Universalarrest schwer zu refüsiren seyn. — Wenn der debitor, zumal wenn auf der Diehle oder in Gerichten auf Bezahlung gegen ihn erkannt worden, seine Güter heimlich wegbringen läßt oder beweislich dazu Anstalt macht und wohl gar darüber attrapirt würde, so ist er de fuga suspectus, wenn er gleich sonst noch nicht obaeratus wäre. — Endlich wird Einer ver-

dächtig und zum Universalarrest qualificirt, wenn er Waare theuer einkauft und immediate darauf wieder wohlfeiler verkauft oder versetzt, jedoch muß es entweder gar eclatant seyn oder auch andere Umstände concurriren."

Der Verfasser jenes etwa im Jahre 1748 geschriebenen Tractates [1]) bildete gleichzeitig mit seinen Collegen Corthun und Anckelmann die seit 1745 ernannte Commission zur Entwerfung der revidirten Falliten-Ordnung. [2]) Es erklärt sich daher sehr einfach, daß der art. 1 dieses Gesetzes in fast wörtlicher Uebereinstimmung die prägnantesten unter den in jener practischen Ausführung zusammengestellten Momenten wiederholt. Die Vergleichung des art. 1 mit seiner Quelle oder Paraphrase wird aber jeden Unbefangenen überzeugen, daß, wenn dort gesagt wird, "so ist selbiger pro Fallito zu achten," damit wenigstens zunächst nichts Anderes verfügt werden sollte, als daß unter solchen oder ähnlichen Umständen, wodurch der Schuldner "zur rechtlichen Vermuthung einer Insolvenz begründeten Anlaß gibt," der Universalarrest gegen ihn bewirkt werden könne. Auf diesen Punkt werden wir später nochmals zurückkommen.

Neben dem Universalarreste kommt in dem Verfahren zur Constituirung der Activmasse noch der sogenannte Manifestationseid vor. Anfänglich konnte hierbei nicht an dessen Ableistung durch den Schuldner selbst (sofern derselbe entweder entflohen oder gestorben war), sondern nur an seine Angehörigen gedacht werden. Demnach verordnen unsere beiden älteren Gesetze nur (im art. 4), daß ohne gerichtlichen Proceß von den Gerichtsverwaltern des Falliten Diener, Buchhalter,

---

1) Die Vorrede dazu sagt: "Es war im Jahr 1747 im Monat November, als sich einige Herren des Raths mit einander beredeten, daß sie wöchentlich einmal zusammenkommen, und sich, so viel möglich, auf die ihnen bevorstehende Prätur vorbereiten wollten." In Veranlassung dieser Gesellschaft hat Schuback dann seine Abhandlung geschrieben

2) Vergl. Klefeker Bd. 3. S. 429 Note. Hasche Erläuterung Th. I. S. 5.

oder auf wen sonst ein begründeter Verdacht fällt, gefordert und angehalten werden soll, über die Haab und Güter, Rechnungen, Handelsbücher "und anderer seiner Anschläge und Vorhabens halber" eidliche Auskunft zu ertheilen. Daß zu den dazu verpflichteten Personen auch die Ehefrau des Falliten gehöre, war schon vor Publication des Stadtrechts durch Präjudicate ausgesprochen; [1]) die Neue Falliten-Ordnung nennt (art. 9) außer ihr noch die erwachsenen in seinem Hause befindlichen Kinder, die Arbeitsleute, Buchhalter und das Gesinde, oder wer sonst von seinem Vermögen, insonderheit aber von dem etwa weggebrachten, einige Nachricht zu geben weiß. Nach einem Zusatz der Falliten-Ordnung von 1647 sollten, wenn Jemand sich hierin säumig oder weigerlich bezeigen würde, die Gerichtsverwalter den Befehl bei Strafe von 30 Mark wiederholen, demnächst aber die Pön unverzüglich exequiren, und solche Person nichts desto weniger durch größere Pön, Pfändung oder Strafe Anzeigung ihres Wissens zu thun angehalten werden. [2]) Die Neue Falliten-Ordnung hat (art. 15) diese Vorschrift noch geschärft: die Hausgenossen des Falliten sollen zur Leistung des Eides insgesammt bei Strafe des Gefängnisses, allenfalls auf Wasser und Brod, sonstige Personen aber durch Geldbuße, welche bis zur Gelebung zu wiederholen und zu erhöhen, genöthigt werden. Milder dagegen ist sie, insofern der Rath sich vorbehält, Jemand aus besonderen Gründen mit Ableistung des Eides zu verschonen, während die früheren Gesetze speciell hervorhoben, daß keine Pflicht oder Verwandtschaft, womit Jemand dem Falliten zugethan seyn mögte, ihn dawider schützen solle. — Als später das concursmäßige Verfahren auch auf das Vermögen eines persönlich anwesenden Schuldners angewendet ward, mußte diese Pflicht zur eidlichen Manifestation sofort vorzugsweise auf ihn selbst übertragen

---

[1]) Vergl. Bürgermeister Möller Commentar zu art. 4. tit. 43. Stat.

[2]) Dieser Zusatz ist die wörtliche Wiederholung von dem, was art. 19. tit. 28. P. I. Stat. gegen ungehorsame Zeugen vorschreibt.

werden. Wir finden auch zuerst in der Gerichts-Ordnung von 1711 (art. 22. 31) angeordnet, daß "vornehmlich der debitor, falls man seiner Person habhaft geworden," mit jenem Eide beladen werden solle. Desgleichen ist nach art. 9 der Neuen Falliten-Ordnung gleich nach Bestellung von Curatoren der Fallit zur Ableistung des Manifestations-eides anzuhalten, dessen gesetzliche Form die offizielle Anlage 3 bildet, und außer dem früher erwähnten Versprechen, sich nicht von hier zu entfernen, dahin geht: daß der Schwörende von seinem Vermögen nichts an die Seite gebracht, alles dazu Gehörige den Curatoren getreulich anzeigen, seine Bücher und Briefe ihnen einhändigen, und von Allem, was sie zu wissen begehren, aufrichtige Nachricht ertheilen, überhaupt ihnen nach Möglichkeit an die Hand gehen und auf jede Aufforderung sich sistiren wolle. Der Schuldner, welcher sich weigern würde, diesen Eid abzulegen, soll nach art. 14 aller gesetzlichen Wohlthaten verlustig seyn, mit Hausarrest belegt, und darin bis nach Untersuchung der Ursache seiner Widerspenstigkeit aufbehalten werden.

Ferner unterscheiden wir die gesetzmäßigen Schritte zur Herstellung der Passivmasse, also zur Anmeldung und Rechtfertigung der anderweitig noch nicht bekannten Creditoren. Dahin gehört zunächst das, schon in den älteren Gesetzen gestattete, gerichtliche Fallitproclam. [1] Die Neue Falliten-Ordnung fand zunächst den Mißbrauch abzuschaffen (art. 80), daß die Debitoren selbst sich ein Proclam pro convocandis creditoribus ausgebeten hatten, meistens in der Absicht, den Lauf der Executionen dadurch zu hemmen, und sich in dem Besitze ihrer Güter in praejudicium creditorum zu erhalten; in ihrem Systeme kann das Proclam nur von den Cur. bon. nachgesucht werden, während dasselbe früher auch auf eines oder mehrerer Gläubiger Begehren zu erkennen war. Das Proclam sollte seit dem Stadt-

---

[1]) Art. 11. tit. 43 Stat. Falliten-Ordnung von 1647 art. 11. Gerichts-Ordnung von 1711 tit. 54. art. 37.

recht [1]) außer der hiesigen Publication auch an die benachbarten und andere Städte, wo vermuthlich des Debitors Gläubiger sich aufhalten, geschickt werden, was aber nachher außer Gebrauch gekommen war und in der Neuen Falliten-Ordnung (art. 78. § 3) auf den Fall beschränkt ist, daß es von den Imploranten ausdrücklich verlangt wurde, wovon in neuerer Zeit kein Beispiel vorkommt. — Der Termin für den Lauf des Proclames betrug früher nach constantem Gerichtsgebrauche [2]) in Fallitsachen, wie in allen anderen Fällen, die Sächsische Frist von 6 Wochen und 3 Tagen; dem ersten folgte noch das zweite Proclam mit der gleichen Dauer, sodann der Prolongationsbescheid auf 14 Tage, der Präclusivbescheid abermals auf 14 Tage, und alsdann erst die Präclusivsentenz. [3]) Dies hat die Neue Falliten-Ordnung (art. 81) dahin abgeändert, daß nach Ablauf der einmaligen Proclamzeit in der nächsten Gerichtsaudienz die Präclusivsentenz gebeten, und, ohne daß es der bisher gebräuchlich gewesenen Prolongations- und Präclusivbescheide bedarf, vom Niedergericht auf das Schleunigste erkannt werden sollte. Für die Dauer des Termines, welcher, nach art. 78. § 2, den Umständen der Masse nach so gestellt werden sollte, daß die Gläubiger genugsame Zeit ad comparendum erhalten, hielt man auch später die üblichen 6 Wochen und 3 Tage für genügend. Jene, zunächst für Fallitsachen eingeführte, Vereinfachung wurde durch art. 19 der Verordnung über das Verfahren von 1815 dahin generalisirt, daß "statt der bisher ergangenen zwei Proclamatum, der Prolongations- und Präclusivbescheide künftig nur ein Proclam ergeht." Ohne Grund ist aber auch die seit der Neuen Falliten-Ordnung zufällig entstandene Disparität verewigt worden, daß in Fallitsachen

---

[1]) Art. 4. tit. 14. P. I. Stat. Vergl. Clan, Müller und Anderson ibid.

[2]) Schreining Commentar zu art. 11. tit. 43. P. I. Stat.

[3]) Anderson Privatrecht Th. 5. S. 185.

ein Termin von 70 Tagen, in allen anderen Fällen von mindestens 140 Tagen präfigirt wird. [1])

Ueber die Justification der, sey es auf das Proclam oder anderweitig, angemeldeten Forderungen enthalten die älteren Gesetze nur den Satz: wenn "einiges bösen Argwohns oder Verdachts erhebliche Anzeige gegen Jemand der Creditoren vorgebracht würde," so soll derselbe beschwören, daß die von ihm producirte Schuldurkunde richtig, das datum derselben nicht versetzt, und dabei keine Gefährlichkeit gebraucht worden sey. [2]) Aus den Correctionen des Syndicus Möller schließen wir, daß jener Eid ein nothwendiger in dem Sinne seyn sollte, daß seine Verweigerung eben so wie der Beweis der Antedatirung den Verlust der ganzen Forderung zu Gunsten des in die Stelle tretenden Fiscus, abgesehen von der sonstigen Bestrafung, zur Folge habe. Genauer distinguirt hier die Neue Falliten-Ordnung den Civilstreit von dem strafbaren Falsum: thut sich ein rechtsbegründeter Verdacht wider die Richtigkeit des Dati oder Quanti der Forderung eines Creditors hervor, so soll der Letztere vor die Fallitcommission geladen, und, den Umständen nach, den Verdacht eidlich abzulehnen zugelassen werden (art. 56). Aus dieser Fassung, so wie aus dem Gegensatze, daß, wenn ein verdächtiger oder wegen Liquidation seiner Forderung mit den Curatoren in Streit befangener Gläubiger sich vor der Commission nicht einlassen will, die Sache zu Gericht verwiesen werden soll, ergibt sich, daß weder der den Eid weigernde Gläubiger dadurch seines Rechtes verlustig wird, noch daß er befugt ist,

---

[1]) Kommt es etwa in Fallitsachen seltener als sonst vor, daß auswärtige Profitenten zu erwarten sind? Oder ist die Wiedereinsetzung gegen die einmal vertheilte Fallitmasse leichter als in anderen Fällen zu bewirken? In beiden Beziehungen verhält es sich grade umgekehrt.

[2]) Art. 11. tit. 43 Stat. Vergl. daselbst die Verhandlungen des Raths mit den Oberalten. Falliten-Ordnung von 1647 art. 11. Gerichts-Ordnung von 1711 tit. 54. art. 37.

durch das Erbieten zu jenem Eide die etwa geforderte eigentliche Justification von sich abzulehnen. Vielmehr hat der Eid hier lediglich die Natur eines außergerichtlichen Vergleiches unter den Auspicien der Fallitcommission; [1]) statt seiner kann und muß auf Verlangen jeder Parthei das gewöhnliche processualische Verfahren eintreten, welches dann möglicher Weise nach allgemeinen Regeln auch zu einem Ergänzungs- oder Quantitätseide führt. — Wird aber ein Creditor überführt, eine zum Theil oder ganz falsche Obligation oder eine vorsetzlich antedatirte Verschreibung zum Nachtheil der anderen Gläubiger sich haben geben zu lassen, so soll nach art. 57 derselbe zur Strafe für dieses Falsum von der Masse gänzlich ausgeschlossen und seiner rechtmäßigen Forderung verlustig, ferner zweitens gehalten seyn, der Masse so viel zu entrichten, als die Verschreibung in sich faßt, überdies drittens nach der Schwere seines Verbrechens fiscalisch angeklagt und den Rechten gemäß bestraft werden. Der Commentator der Neuen Falliten-Ordnung [2]) findet in dieser Singularität eine gesetzliche Bestimmung, die man nur mit Bedauern in unserer guten Stadt antreffen könne.

Wir fragen nun, auf wessen Antrieb diese verschiedenartigen Maaßregeln in Wirksamkeit gesetzt und ihrem Ziele entgegengeführt werden? Wer ist es, der bei dem Prätor den Universalarrest impetrirt, und des Schuldners Angehörige, so wie ihn selbst zum Manifestationseide nöthigt, der ferner das mandatum arrestatorium bei dem Bürgermeister nachsucht, den Gerichtsactuar zur Inventur, den Gerichtsvoigt zur Versiegelung und Bewachung veranlaßt, das Fallitproclam im Niedergericht implorirt und durch die verschiedenen Stadien befördert, endlich die Prätensionen der Gläubiger prüft und bestreitet, von der Verwaltung und Realisirung der Activmasse zu geschweigen? Bekanntlich sind nach gemeinem Recht alle

---

[1]) Damit stimmt auch Hasche Erläuterung der Neuen Falliten-Ordnung Th. 2. S. 37 folg. überein.

[2]) Hasche Erläuterung Th. 2. S. 45.

diese oder die ihnen analogen Schritte einerseits der Official-Thätigkeit des Concursrichters übertragen, andererseits zwischen dem Güterpfleger und Contradictor getheilt. Die Geschichte unseres Fallitwesens erklärt es, wie in Hamburg dieser Zweig einen anderen Entwickelungsgang genommen hat. Das Amt des Contradictor ist bei uns niemals besonders hervorgetreten oder speciellen selbstständigen Organen zugewiesen, und zu dirigirenden oder controlirenden Functionen bei Fallissementen war das Personal und der Geschäftsgang des Niedergerichts nicht geeignet. Zunächst blieb die Betreibung der gesetzmäßigen Schritte bei den verschiedenen Behörden den dabei Interessirten, also den Gläubigern persönlich überlassen; von jeher konnte z. B., wie noch heute, der Universalarrest von dem einzelnen Gläubiger impetrirt werden. Für die gerichtlichen Proceduren wurde ein Procurator concursus etwa von denjenigen Gläubigern, die sich zu deren Durchführung vereinigt hatten, gemeinschaftlich bestellt; ein solcher hat sich bis auf unsere Zeit bei den sogenannten kleinen Fallissementen erhalten. Um so unentbehrlicher mögte das Amt der Güterpfleger für eine nachhaltige Fortleitung der ganzen Kette von Operationen erscheinen; allein dasselbe ist, wie folgende Notizen lehren, kaum vor der Neuen Falliten-Ordnung zu seiner jetzigen geregelten Bedeutung in allen Beziehungen gelangt.

Die Nürnberger Reformation (tit. 12. Ges. 5) schreibt vor, daß alle Güter des (flüchtigen) Schuldners inventirt, und nach Befinden des Raths entweder in des Stadtrichters Verwahrsam gelegt werden sollen, oder "etlichen statthaften des flüchtigen Gläubigern in Verwahrung auf genugsame Versicherung eingeantwortet und befohlen werden, dieselben unverändert bis zu ordentlichem Austrag des Rechtes getreulich zu verwalten." Daß die Verfasser des Stadtrechts (art. 5. tit. 43) diesen Satz vor Augen hatten, zeigt die wörtliche Gleichheit mancher Ausdrücke; sie kennen jedoch auch schon den Namen der Curatores bonorum, und verfügen

übereinstimmend mit dem Römischen Recht: [1]) "Da auch die Creditoren aus ihrem Mittel etliche zu Curatoren werden erwählen und uns nahmkündig machen, wollen wir dieselbigen confirmiren, und ferner Befehl thun, daß denselben" u. s. w. Die Wahl war also nur facultativ, und konnte nach dem Belieben der Gläubiger auch ganz unterbleiben. War dieselbe aber vorgenommen, so sollte die Thätigkeit der Erwählten von der Confirmation des Rathes abhängen, [2]) wiewohl deren Nachsuchung noch in späterer Zeit bisweilen unterblieb. [3]) Als Grund jener Controle wird die Pflicht des Rathes angegeben, die Curatoren zur vorgängigen Cautionsleistung anzuhalten, indem ihnen die Güter nach art. 5 nur überantwortet werden sollten, "auf genugsame Versicherung oder Verpflichtung, daß sie die gelöseten Gelder alsobald in das Gericht liefern wollen." Ueber diese Cautionspflicht beschwerte sich die Kaufmannschaft in einer an den Rath gerichteten schriftlichen Vorstellung vom 15. Februar 1617; der Rath theilte der Bürgerschaft im Convente vom 13. Februar 1618 mit, daß er die gewünschte Entfreiung von der Cautionsleistung für zu gefährlich halte, wobei sich die Bürgerschaft unter der Bedingung beruhigte, daß die Curatoren immer nur auf 3 Jahre erwählt, und dann, beim Fortgange des Concurses, durch andere auf die gleiche Zeit ersetzt werden sollten. Indessen veranlaßte diese Caution fortwährend manche Schwierigkeiten; mit Rücksicht darauf verfügt die Falliten-Ordnung von 1647 (art. 5), daß die Curatoren mit einer specialen

---

[1]) L. 2. pr. D. de curatore bonis dando (42, 7): "De curatore constituendo hoc jure utimur, ut Praetor adeatur, isque curatorem curatoresque constituat ex consensu majoris partis creditorum, vel Praeses provinciae, si bona distrahenda in provincia sunt."

[2]) Die Correctionen des Syndicus Möller schlugen den Zusatz vor: "Und sollen vor solcher Confirmation dieselbe sich keiner Verwaltung anmaßen bei willkürlicher Strafe." Ein Präjudicat dieses Inhalts von 1617 erwähnt Bürgermeister Möller zu art. 5 cit.

[3]) Schlüter zu art. 5. tit. 43 Stat.

und ausdrücklichen schriftlichen Versicherung hinführo nicht beladen werden sollen; auch eine eidliche Verpflichtung ihrer wird für unnöthig erklärt, und ist erst durch den sechsten Additional-Artikel von 1772 wieder eingeführt worden. Zugleich wurde der Grundsatz des Römischen Rechts [1]) aufgehoben, wonach mehrere Curatoren hinsichtlich ihrer Verwaltung solidarisch haften: es soll keiner für dasjenige, was ein anderer verwirkt oder versehen haben mag, gehalten, sondern ausschließlich für seine eigene getreue Administration und richtige Abrechnung responsabel seyn. Als Ersatz der besonderen Caution wird ein stillschweigendes Pfandrecht zu Gunsten der Creditorschaft an dem Vermögen der Curatoren eingeführt, und diese Bestimmungen haben gleichlautend, durch die Gerichts-Ordnung von 1711 (tit. 54. art. 28), auch in die Neue Falliten-Ordnung art. 98 Aufnahme gefunden, obschon eben dieses Gesetz den sichern Grund zu der Bedeutungslosigkeit jener stillschweigenden Generalhypothek legte. Man begnügte sich jedoch im Jahre 1647 nicht damit, durch Entfreiung von der Cautionslast die Uebernahme des Curatorenamtes minder beschwerlich zu machen, sondern verordnete überdies die Remuneration der Curatoren, welche im Fall des Vergleiches nach Billigkeit bestimmt und bei dem Falliten selbst erhoben, sonst aber auf zwei Procent von dem Antheil jedes aus der Masse befriedigten Creditors, mit Ausnahme der Stadtbuchs- und Faustpfandgläubiger, festgestellt wurde. Auch dieser Maaßstab ist in dem jetzt geltenden Gesetze beibehalten, und auf ein Procent von den aus der Masse vindicirten Gütern erweitert worden (Neue Falliten-Ordnung art. 99. 100). — Gegen Einführung dieser Begünstigungen erschien es zuläßig, das Institut der von den Gläubigern zu wählenden Güterpfleger, wie auch die Annahme abseiten des Gewählten, zu einer gesetzlichen Nothwendigkeit zu erheben. Beides ist schon von der Falliten-Ordnung von 1647 (art. 5) geschehen, und brauchte in den späteren Gesetzen nur wieder-

---

[1]) L. 2. § 5. L. 3 D. de curatore bonis dando (42, 7).

holt zu werden. Freilich wurde die Pflicht, sich wählen zu lassen, nicht als eine politische Bürgerpflicht betrachtet, sondern sie war durch die Gläubiger-Qualität bedingt, und man muß ihr sonach jedenfalls durch das Aufgeben dieser Qualität, also durch Verzicht auf die Forderung an den Falliten, entgehen können. Deshalb ist der Verlust der Forderung oder die Fiction eines Aufgebens derselben das Präjudiz für die verweigerte Annahme des Amtes (Neue Falliten-Ordnung art. 6). Nicht minder ist unsere Neue Falliten-Ordnung der Gerichts-Ordnung von 1711 darin gefolgt, daß die letztere (art. 3. 23) die Möglichkeit rechtmäßiger Entschuldigungen und beweislicher Ehehaften statuirt, und als solche namentlich die bereits übernommene Verwaltung von zwei anderen Curatelschaften gelten läßt. Die Wahl sollte vor der Neuen Falliten-Ordnung innerhalb 14 Tagen bis 3 Wochen nach Anschlagung des mand. arrest. von Seiten der Gläubiger vorgenommen werden; wenn sie in dieser Frist nicht zu Stande kam, so verhieß der Rath ungesäumt aus der Creditoren Mitte wohlhabende und geschickte Personen ex officio zu verordnen, auch wenn er darum nicht besonders angegangen würde. [1]) Man begreift, daß bei der mangelnden Allwissenheit des durch keine höhere Instanz controlirten Magistrats, dieses Gesetz in der Erfahrung sich als eine lex imperfecta erweisen mußte, so lange die Betreibung und Durchführung des Fallissements-Verfahrens eben so füglich ohne Curatoren als mittelst derselben von Statten gehen konnte. Noch im Anfange des vorigen Jahrhunderts unterblieb daher die Ernennung von Güterpflegern manchmal gänzlich. [2]) Der um jene Zeit schreibende M. Schlüter bemerkt, daß mitunter auch das Niedergericht auf den Antrag des Procurator concursus

---

[1]) Nach den Correctionen zu art. 5 tit. 43 Stat. machte sich der Rath hierzu nur für den Fall anheischig, wenn er von einem oder mehreren Creditoren darum angegangen würde.

[2]) Krieger introd. in prax. Cap. II. Sect. 7. § 4. "Dantur etiam concursus ubi curatores bonorum non dati sunt."

Curatoren ernannte, und daß gewöhnlich der Gerichtsvoigt bei der Inventur die vorhandenen Güter bis zum Verkaufe zu sich in Verwahrung nehme. "Und weil nicht nur der Procurator concursus, sondern ein jeder creditor, imgleichen der Actuarius und Gerichtsvogt, als welche ein merkliches Interesse daran haben, selbst wohl zu vigiliren pflegen, wann etwas auszuforschen ist von des Falliten Mitteln, so hat es eben keinen großen usum, daß man eigene curatores wähle." [1]) In der That spricht die Neue Falliten-Ordnung art. 12 und 76 es als einen neuen Grundsatz aus, daß "von nun an keinem Privat-Creditori einen Concurs über seines Schuldners Güter auszuführen mehr erlaubt seyn, sondern die Prosequirung eines Concurses lediglich den Curatoribus bonorum obliegen soll; gleichergestalt denn auch der präsidirende Herr Bürgermeister niemandem als diesen Curatoribus das Mandatum arrestatorium erlauben wird."

Hierdurch hat sich demnach unsere Gesetzgebung in diesem Punkte dem gemeinen Recht genähert, nach welchem die verschiedene Veranlassung des Concurses, da derselbe immer nur mit dem gerichtlichen Eröffnungsdecrete anhebt, auf seine fernere Behandlungsart ohne Einfluß ist. [2]) Die im Verfolge eintretenden Maaßregeln sind nicht mehr verschieden, so weit nämlich der Hauptzweck, die Ausmittelung des Vermögens und dessen Vertheilung unter mehrere Gläubiger nach Maaßgabe ihrer Rechtsansprüche, der gleiche bleibt. Es fragt sich jedoch, auf welchen und ob auf verschiedenen Wegen die Anregung zu dieser gesetzlich geregelten Procedur erfolgen könne? Die Veranlassung zu einem Concursverfahren kann möglicher Weise entweder von einem oder mehreren Gläubigern, oder von dem Schuldner selbst ausgehen. Wie im Römischen Recht der Gegensatz der immissio durch den Prätor und der cessio bonorum erscheint, so mußte sich ein analoges Verhältniß auch in neuerer Zeit ausbilden. Wir

---

[1]) Schlüter Comm. zu art. 5. tit. 43 Stat.

[2]) Schweppe System des Concurses § 11.

sehen dasselbe jedoch in unsern topischen Gesetzen noch lange durch die Alternative der persönlichen Schuldhaft beschränkt. Zwar bewirkte die letztere nicht unmittelbar die Befriedigung des Gläubigers, welchem außerdem nach art. 9. tit. 41 Stat. in Ermangelung von Mobilien und Immobilien die Execution in einzelne Ausstände des Schuldners verstattet wurde, indem die Debitoren des Beklagten an den Kläger mit der Bezahlung verwiesen werden sollen. Allein dies setzte die, nur durch besonderen Zufall dem Gläubiger mögliche, Auffindung solcher Activa durch ihn voraus, und hinsichtlich aller auswärts belegenen Vermögenstheile konnte es nicht genügen, daß der Rath in art. 8 verspricht, bei der fremden Obrigkeit um Execution des hiesigen Urtheils durch Subsidialschreiben anhalten zu wollen. Einfacher und in den meisten Fällen wirksamer erschien es, wenn der Schuldner durch persönliche Haft das Aeußerste aufzubieten genöthigt wurde, um die vielleicht vorhandenen, aber nur ihm bekannten und zugänglichen Zahlungsmittel herbeizuschaffen. Selbst die aufrichtigste Abtretung seiner ganzen Habe ließ theils dem Argwohn Raum, daß er mit verborgenen Gütern zurückhalte, jedenfalls schob sie die weit aussehende Gefahr und Mühe der Beitreibung dem Gläubiger zu, welchem damit nicht gedient war und der sich dazu nicht verpflichtet fühlte. — Gleichwohl hatte eine solche Güterabtretung durch den Schuldner schon im 16. Jahrhundert mit dem Römischen Recht in unsere Gerichte Eingang gefunden. [1]) Sie verschwand aber wenigstens aus den Ge-

---

[1]) Langenbeck Comm. zu art. 13. tit. 41 Stat. "Die cessio bonorum ist vor Alters im Gebrauch gewesen, und findet sich 1573 den 14. August dieses Präjudicat: daß Jürgen Stensel in infer. erscheinen, und allda realiter bonis cediren, und solche rechtmäßige Cession bei seinem Eide befestigen soll; und wann solches geschehen, wird er seiner Haft billig entlediget. Item den 22. Jan. 1580: würde Cord Seymann offenen Gerichts, wie gebräuchlich, bonis cediren und juram. paupertatis schwören, dergestalt dat wat he boven sine nothdürftige alimenta hernamals winnen und warfen würde, dat sulckes sinen Creditoren thom besten sin und bliven sall, sall he der Haft entleddiget wesen."

setzen wieder für längere Zeit, indem, wie in der Nürnberger Reformation und den Sächsischen Constitutionen (P. 2. const. 22), auch in unserem Stadtrecht bei der Vorschrift, daß der insolvente Schuldner nach der Wahl des Gläubigers zum Schuldthurm oder zur Relegation verurtheilt werde, ausdrücklich hinzugefügt wird: "und soll ihn davon die cessio bonorum oder Abtretung seiner Güter nicht entledigen oder befreien." (Art. 13. tit. 41). Er blieb also nach dem Belieben des Gläubigers in dessen Gewalt, "bis er den Kläger befriedigt oder sich mit ihm verglichen." [1]) Ein practisch verständiger Commentator des 17. Jahrhunderts tadelt schon diesen Rigorismus, weil er den Schuldner zwinge, die Flucht zu ergreifen, wo dann die Gläubiger auf gütliche Verhandlungen mit ihm sich reducirt sahen. [2]) Gleichwohl war es nicht die Falliten-Ordnung von 1647, sondern erst das Concept der Gerichts-Ordnung von 1711, welches hierin eine Aenderung anbahnte, indem es dem Falliten, der sich getrauet und freiwillig erbietet, die Schuldlosigkeit seiner Insolvenz darzuthun, die nöthige Zeit und Sicherheit gegönnt wissen will, um entweder mit den Creditoren einen ihnen genügenden Accord zu treffen, oder sein ganzes Vermögen aufrichtig zu cediren. Da nun Jenes von Jedem, der nicht wegen unläugbarer Betrügereien die Gefahr weiterer Untersuchung zu scheuen hatte, vorgezogen werden mußte, so entstand neben

---

[1]) Das Nämliche wird noch in der Gerichts-Ordnung von 1711 tit. 51. art. 12 wiederholt, obwohl es in das dort aufgestellte System nicht mehr paßte.

[2]) von der Fecht zu art. 13 cit. verb. nicht entledigen. "Irrationabile Statutum. Cessio bonorum est beneficium juris. Die meisten concursus creditorum aber werden nach eines Tode angestellt. Lebet einer, ist er doch insgemein weichhaft und absens. Praesenti gehet die Uebertragung oder Upbedinge der Güter hie so nicht an. Und das verursachet den Unterschleif und die Ausweichung der Debitoren, weil ihnen beneficium cessionis bonorum abgeschnitten ist nostris statutis, und sie aus der Verhaftung auf dem Winser-Thurm austreten und ausweichen müssen."

der Concurs-Movirung durch Gläubiger ein Verfahren, welches von dem in bestimmten Formen erklärten Willen des Schuldners, sich mit ihnen zu arrangiren, seinen Ursprung nahm.

Die ersten Spuren hiervon lassen sich allerdings bis in die der Neuen Falliten-Ordnung vorangehende Zeit verfolgen; in ihnen entdecken wir zugleich den Keim für eine der wichtigsten Eigenthümlichkeiten dieses Gesetzes. Das Schuldverfahren bewegt sich überhaupt zwischen den beiden Polen: der aus früherer Zeit begründeten Executions-Strenge gegen die Person des Schuldners auf der einen, und der ihm gutwillig von den Gläubigern gewährten Befristung oder Remission auf der anderen Seite. Gleichwie die Schuldhaft durch den, das vorhandene Vermögen ergreifenden Concurs, wenn nicht für immer vermieden, doch bis auf später suspendirt wird, so erfordert noch weiter das Interesse des Schuldners und unter Umständen auch dasjenige seiner Creditoren, daß wo möglich durch der Letzteren, sey es definitive oder provisorische gütliche Abfindung, selbst die Publicität und die langwierige Verwickelung eines gerichtlichen Concursverfahrens abgewandt werde. Die Betrachtung und Verfolgung dieser verschiedenen einzelnen Stufen muß den Weg bahnen für das Verständniß, wie für die Beurtheilung des Standpunktes der Neuen Falliten-Ordnung, der eben in der Vermischung von ihnen allen besteht.

Die in den Artikeln 83—96 der Neuen Falliten-Ordnung enthaltenen Vorschriften über Vereinfachung der gerichtlichen Concursverhandlungen [1]) interessiren uns, da sie todtgeboren, d. h. niemals zur Anwendung gelangt sind, nicht weiter, als daß wir aus ihnen entnehmen, zu welcher schwerfälligen

---

[1]) Mitten unter diesen Vorschriften hat die Naivität unserer Gesetzgeber auch ihre wohlmeinende Absicht in dem Satze ausgedrückt (art. 86. § 1). "Zur Abkürzung und bestmöglichster Endigung der Concursprocesse sollen sämmtliche dabei interessirte und zu adhibirende Personen das Ihrige redlich und nach äußersten Kräften beitragen."

Breite diese Formen vorher ausgewachsen waren. Hatten doch auch bei den einfachsten Rechtshändeln die wiederholten Bemühungen der Gerichts-Ordnungen des 17. Jahrhunderts, deren raschere und wohlfeilere Betreibung zu erwirken, sich als erfolglos ausgewiesen. Daher der sich allmählig ausprägende, die ganze Civil- und Criminalrechtspflege bis auf unsere Zeit beherrschende Gegensatz des außergerichtlichen zu dem gerichtlichen Verfahren, mit der Tendenz, dem ersteren immer mehr das Uebergewicht über den Geschäftskreis des Nieder- und Obergerichts zu verschaffen. Zwar war das Personal des Rathes mit demjenigen des Obergerichts identisch, aber der Vortheil bestand dort in der Umgehung der Procuratoren, seitdem neben ihnen der Advocat unentbehrlich geworden war, und in den freieren, nur aus dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit normirten, mithin viel einfacheren Formen der Procedur. Das Bedürfniß des Verkehrs und ein practisch genügsamer Sinn ließen in Zeiten, wo man zu Radicalreformen weder Kraft noch Neigung fühlte, eine polizeiliche und administrative Handhabung der Justiz als wirkliche Wohlthat erscheinen. So kann es nicht befremden, daß auch für Fallissemente, als einen der wichtigsten und zahlreichsten, aber besonders verwickelten Zweige, anstatt des allmählig abandonnirten gerichtlichen Concurses eine neue Institution keimte, und ihrer erprobten Brauchbarkeit zuletzt gesetzliche Ausbildung zu verdanken gehabt hat. Bereits hatte das Herkommen die außergerichtliche Supplicationsinstanz und die Commissionen zu "gütlichen Verträgen" [1]) vor dem Rathe als concurrirendes Jurisdictions-Surrogat allgemein sanctionirt; ohnehin bildete er die Behörde für die Bestätigung von Güterpflegern, wie für Ertheilung des freien Geleites an den Falliten. Daran knüpfen sich unsere Nachrichten aus dem Anfange des letzten Jahrhunderts über die conciliatorische Thätigkeit einer auf besonderes Verlangen niederzusetzenden

---

[1]) Von Beidem handeln die Titel 39 und 40 der Gerichts-Ordnung von 1711.

Fallitcommission. So erwähnt Krieger [1]: der Schuldner pflege, um die Erlassung des mand. arrest. durch den Bürgermeister abzuwenden, zu Rath zu suppliciren, und unter Vorlegung eines Vermögens-Status die Vermittlung desselben zur Abwendung des öffentlichen Concurses durch Vergleichsverhandlungen zu erbitten; darauf würden nach Befinden der Umstände Commissarien ernannt, unter deren Auspicien dann der Schuldner versuche, sich mit den Creditoren bestmöglich zu arrangiren. Bleibe aber dieser Güteversuch erfolglos, so werde dann das einstweilen suspendirte Mandat ohne Weiteres ertheilt und ausgefertigt. — Die Gerichts-Ordnung von 1711 stellt es (art. 39) dem debitor ausdrücklich frei, vor seinem Austritt einige deputatos des Raths zu erbitten, die zwischen ihm und seinen Creditoren die Güte versuchen. Zwar wird dort hinzugefügt: dafern bei sich ereignendem Fallissement die Nothdurft erfordern möchte, daß zu Facilitirung des Accordes einige Rathsglieder auszubitten, so solle solche Ausbittung und Benennung von den sämmtlichen Gläubigern, keineswegs von dem debitor geschehen; allein diese Abwehr weiset auf den schon damals häufig gewordenen Gebrauch hin, und der Nachdruck liegt nur auf dem specielleren Verbot: "am wenigsten sollen dazu einige Rathsglieder, die dem debitori befreundet, oder selber oder die Ihrige etwas zu fordern haben, deputiret und als Commissarii nominiret werden." — Noch deutlichere Einsicht gewähren die Bemerkungen des jüngeren Senator Langenbeck zu art. 5. tit. 43. Stat. [2]) Dieser Verfasser lehrt: wenn Jemand ohne seine Schuld durch Unfall in Decadence seiner Nahrung geräth, und weil seine Wechsel mit Protest zurückkommen oder sonst von seinen Creditoren gedrängt wird, so kann er bei dem worthaltenden Bürgermeister salvum conductum für fremde Schuld erhalten, zugleich ein Memorial zu Rath übergeben und darin seinen deplorabeln

---

[1]) Introd. in praxin cap. II. Sect. 7. § 2.

[2]) Diese Bemerkungen sind vor 1725 geschrieben. Vergl. die Einleitung zur Ausgabe des Stadtrechts von 1842 S. XXXII.

Zustand entdecken, mit der Bitte e gremio Senatus Commissarien (welche er selbst namentlich ausbitten kann) zu denominiren, seine Creditores vorzufordern, um durch deren Remonstration Dilation zu erhalten, welche Commission salvo jure creditorum regulariter erkannt wird. Wenn nun die Commission auf solche Art erhalten, übergiebt Impetrant den Commissariis eine Designation der Activ- und Passivschulden, auch der vorhandenen Waaren und Güter, damit sie des status bonorum einigermaßen benachrichtiget seyn mögen. Diese also benannten Commissarii lassen dann die Creditores fordern, und wenn sie über die Hälfte erscheinen, geschieht den Anwesenden die Proposition per rationes pro re nata, entweder eine Dilation zu verstatten, oder nebst Eröffnung des Zustandes der Schulden und des vorhandenen Vermögens einen Accord einzugehen, oder aber Curatores zu erwählen, entweder zu weiterer Untersuchung des status bonorum vermittelst Nachsehung der Bücher und Waarenlager, oder auch zum gemeinschaftlichen Besten der Creditoren vermittelst Errichtung eines inventarii die Güter in Administration zu nehmen, zu Gelde zu machen, oder auf Art und Weise wie creditores gefällig, zu verfahren. Was die Anwesenden darauf belieben, wird per Notarium oder, wenn einige der Creditoren solches übernehmen wollen, von solchen den Abwesenden kund gemacht, und ihr Consens diesfalls eingeholt. Belieben sie 2, 3 à 4 Curatores, so werden selbe per majora erwählet, und zwar 1 oder 2 aus den hypothecariis und so viel aus den chirographariis. Diese also erwählte curatores werden Senatui nahmkundig gemacht, und auf Verlangen der creditorum von demselben per decretum confirmirt. Wird nun auf diese Art der Accord nicht getroffen, und geht nichts desto weniger durch Ausbittung des Universal-Arrestes und mandati arr. zum Concurs, so u. s. w. — Noch wird hinzugefügt, daß dieser Weg auch erwählt werden könne, obgleich der Schuldner aus Furcht sich absentiret. In diesem Fall mußten es die Gläubiger seyn, welche um Ernennung von Fallit-Commissarien anhielten, wie es ihnen

schon durch die Gerichts-Ordnung von 1711 gestattet worden war.

Man sieht hieraus, wie weit dieses, nur durch das Herkommen gebildete, Verfahren, welches während der nächsten dreißig Jahre (bis 1753) im Wesentlichen unverändert geblieben zu seyn scheint, der Neuen Falliten-Ordnung bereits den Weg gebahnt hatte. Nach diesem Gesetze hat zwar die außergerichtliche Verhandlung vor dem Rathe und dessen Commissarien noch eine weitergreifende, später zu betrachtende Wirksamkeit erhalten; sie stellt sich aber nun zunächst als unumgängliche Form für die Einleitung jedes Fallitverfahrens, und als gesetzlich angeordneter Versuch dar, die Eröffnung und Durchführung des gerichtlichen Concursprocesses als unnöthig oder als unzulässig abzuwenden. Da fortan kein Privatgläubiger einen Concurs zu prosequiren befugt, sondern Curatores bonorum denselben zu betreiben allein berechtigt seyn sollten (Neue Falliten-Ordnung art. 76), so mußte jedem einzelnen Gläubiger gestattet werden, die Wahl und Bestätigung solcher Curatoren in seinem eigenen Interesse herbeizuführen. Denn ihm blieb keine andere Wahl, sofern er es nicht vorzog, mit dem Freizettel sich gegen des Schuldners Person zu wenden, oder die successive Execution in Mobilien, Immobilien und Ausstände nach tit. 41. P. I. Stat. durchzumachen, oder wenn er diesen letzteren Weg bereits ohne Resultat betreten hatte. In Ermangelung solcher anderweiten Proceduren (die ihm sämmtlich unbenommen bleiben, aber schon bisher den Gegensatz zum Concurse gebildet hatten) war die Impetrirung des Universalarrestes die angemessene und durch das Stadtrecht gewiesene Eingangspforte zu dem labyrinthus creditorum gewesen. Sie blieb auch jetzt der unerläßliche Durchgang, um die Thätigkeit von Curatoren zu erwecken und in Bewegung zu setzen, und dies hatte damals den guten Sinn, daß der Rath nur nach Constatirung der für dieses Stadium erforderlichen Voraussetzungen durch andere, und zwar gerichtliche Behörden, sich ins Mittel legen wollte. Die reale Ausführung und

weitere, seiner rechtlichen Bedeutung gemäße, Wirkung des Universalarrestes wurde aber, unmittelbar nach seiner Erkennung abseiten des Prätors, suspendirt, da sie ausschließlich in die Hände von dazu eigens bestellten Personen (den Curatoren) gelegt werden sollte. Folgerichtig wird deshalb dem oder den Gläubigern, welche zur Verhängung eines Universalarrestes geschritten waren, im art. 2 zur Pflicht gemacht, am nächsten oder wenigstens am zweiten Rathstage nach der Impetrirung, und zwar bei Verlust desselben, beim Rathe um Niedersetzung einer Fallit-Commission anzusuchen, deren sofortige Bewilligung verheißen wird, und deren erste Aufgabe in Convocirung der Gläubiger zum Zweck der Curatorenwahl besteht. Die nämliche Commission ist aber, wie schon früher, auch von dem Schuldner zu erbitten, der sich selbst insolvent erklärt, durch welche Erklärung er namentlich der Erkennung des drohenden Universalarrestes, so wie den executivischen Maaßregeln einzelner Gläubiger und dem Personalarreste bis auf Weiteres vorbeugt. Hier ist also der gemeinsame Punkt, in welchem die verschiedenen Veranlassungsgründe des Fallissements zur Identität der sich daran schließenden ferneren Proceduren ohne weitere Unterscheidung zusammenfallen. Die Frage nach einer subtileren Fixirung dieses Punktes kann erst unten, wenn sich ein specielles Interesse dafür hervorthun wird, ins Auge gefaßt werden.

---

## § 5.

### Bildung und Vertheilung der Masse.

Mit dem Miterben — sagt Paulus [1]) — stehen wir nicht in Vertragsverhältniß, sondern nur in zufälliger Berüh-

[1]) L. 25. § 16. D. famil. herc. (10, 2): "Cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum . . . Eadem sunt si duobus res legata sit: nam et hos conjunxit ad societatem non consensus, sed res."

rung. Auch wenn Zweien ein Gegenstand legirt wird, so ist es nicht die Uebereinstimmung ihres Willens, sondern das factische Verhältniß, was eine Gemeinschaft unter ihnen herbeiführt. — Der Rechtsbegriff dieser zufälligen Gemeinschaft ist von den Römern im Allgemeinen consequent festgehalten. So lange dieselbe besteht, bietet sie dem praktischen Juristen fast gar keinen, und auch dem speculativen keinen weiteren Stoff, als daß die Antheile der Interessenten an dem gemeinsamen Object nicht physisch erkennbar, nicht für die sinnliche Wahrnehmung unterschieden, sondern nur gedachte, nur für die Abstraction des Rechtsbewußtseyns vorhanden sind. Das Recht jedes einzelnen Theilnehmers besteht hier neben dem der anderen, und wird von dem ihrigen eben so wenig influirt, wie wenn das gemeinsame Object schon ein reell vertheiltes wäre. Ein neues Willenssubject wird durch die natürliche Continuität (z. B. des Grundstücks) oder ideelle Einheit des Gegenstandes (z. B. einer Erbschaft) nicht künstlich gewonnen; [1]) ein Consortium entsteht nur etwa auf gewöhnlichem Wege, durch die identische Richtung aller Einzelwillen (bei Vertretung des Gegenstandes nach Außen), und der Typus für dieses Verhältniß, wo jeder Einzelne eine solche Identität durch seinen beliebigen Dissens vereiteln kann, ist der Satz: melior conditio prohibentis. [2]) Eine juristische Angelegenheit wird diese, dem Vertrage und namentlich der Societät entgegengesetzte Gemeinschaft erst dann, wenn sie aufhört, zu bestehen; ihr Zerfallen kann, eben weil die Willkür hier durch nichts gebunden ist, von jedem Genossen mittelst der Theilungsklagen erzwungen werden, [3]) und wenn keine freiwillige Verabredung über die Art der Theilung zu Stande kommt, so hat der Richter, mit Rücksicht auf concrete

---

[1]) Analog ist im Strafrecht die nicht vertragsmäßige Theilnahme Mehrerer im Gegensatz zum Complott. L. 17. D. ad leg. Corn. de sicar. (48, 8).

[2]) L. 28. D. communi divid. (10, 3).

[3]) L. 43. D. fam. herc. (10, 2). L. 5. C. communi divid. (3, 37).

Zweckmäßigkeit, [1]) dieselbe nach seinem Ermessen durch Anweisung reeller Portionen, Versteigerung, oder Creirung von dinglichen Rechten zu effectuiren. Sogar überträgt er, als Organ des Staates handelnd, durch seine Adjudication ohne Weiteres das Eigenthum, [2]) eine merkwürdige Anerkennung des Satzes, daß das Lebensprincip des Eigenthums überhaupt in der Sanction des Staates wurzelt.

Den Gegensatz zu dieser, das Recht nicht tangirenden Einstimmigkeit und von Rechtswegen respectirten Einzelwillkür bildet die Herrschaft der Mehrzahl über eine dissentirende Minorität. Wir haben das Problem, wie eine solche Herrschaft für das öffentliche Recht vor der Vernunft zu rechtfertigen sey, hier nicht zu berühren. Im Privatrecht aber, wo die individuelle Willensfreiheit der Mündigen unbestrittenen Schutz genießt, ist die Unterwerfung des eigenen Wollens unter ein fremdes nur als Selbstbeschränkung (durch Vertrag) zu construiren, sofern die Freiheit des Willens sich gerade auch in dieser Möglichkeit, sich selbst zu binden, manifestirt und erhält. Man kann deshalb aus freiem Entschlusse einer Gemeinschaft beitreten, in welcher innerhalb sittlich erlaubter Gränzen die Majorität der Theilnehmer den Willen der Minderzahl fesselt. (Actiengesellschaften, Privatvereine.) Die Nothwendigkeit dieser Einrichtung liegt darin, daß der Begriff der sogenannten moralischen Person nicht, wie bei der zufälligen Communion, nur wegen ihrer geordneten Auflösung, sondern für eine dauernde Thätigkeit erfunden ist, die Handlungsfähigkeit aber Einheit des Willens postulirt, welcher bei dem Requisit der Einstimmigkeit meistens unerfindlich seyn müßte.

Außerhalb des Vertrags-Gebietes muß demnach jede gebotene Unterwerfung unter den Beschluß einer noch so

---

[1]) L. 21. D. communi divid. (10, 3): "Judicium in praediis dividundis quod *omnibus utilissimum* est, vel quod malint litigatores, sequi convenit."

[2]) § 7. Inst. de officio jud. (4, 17).

großen Zahl Anderer anderweitig gerechtfertigt werden. Der Verständige bestimmt seinen Willen durch die Reflexion über das eigene Interesse. Freilich ist unter allen das höchste, weil sittliche, Interesse dasjenige der persönlichen Selbstbestimmung, in welcher auch die Befugniß gesetzt ist, seinen eigenen Vortheil zu vernachlässigen oder ihm zuwiderhandeln zu dürfen. Diese, an sich unbestreitbare, Befugniß findet aber dort ihre Gränze, wo sie mit den legalen, wenngleich nur materiellen, Interessen Anderer in wirkliche Collision treten würde. Der reine Unverstand, welcher in der Sphäre der subjectiven Vortheile und Nachtheile noch souverain ist, verdient nicht einmal Gnade vor dem Urtheil des objectiven Rechts, weil dieses nur zum Schutze der wohlverstandenen Interessen, und zwar der Interessen Aller besteht. — Eine auffällige Bestätigung hiervon enthält die Lehre des Römischen Rechts von der zufälligen Gemeinschaft: während nämlich im Allgemeinen jeder Theilnehmer das Verhinderungsrecht gegen alle übrigen hat, soll umgekehrt der Einzelne den Widerspruch und die Passivität der Anderen im Rechtsstreite mit ihnen besiegen, wenn eine im Interesse Aller nothwendige Maaßregel, z. B. die Reparatur des gemeinschaftlichen Hauses in Frage steht.[1]) Die Weigerung, selbst der Mehrzahl, wird also nicht beachtet, wenn durch die richterliche Untersuchung constirt, daß sie dem eigenen Vortheil der Contradicenten, und durch die Anstellung der Klage, daß sie zugleich demjenigen des Klägers widerstreitet. Dieser Fall kann schon unter nur zwei Genossen vorkommen, unter welchen keine Majorität zu ziehen ist; jedenfalls aber giebt bei jener richterlichen Untersuchung nicht die Jurisprudenz, sondern der gemeine Verstand oder das technische Urtheil den Ausschlag. Wenn nun, bei einer größeren Zahl von Interessenten, statt einer aufgedrungenen Bevormundung vorausgesetzt wird, daß dieselben ihre gemeinsamen Interessen am besten selbst berathen und verstehen müssen, ferner daß dazu

---

[1]) L. 12 D. communi div. (10, 3).

Jeder ungefähr gleich wohl geeignet, und unverständige Caprice eher bei Einzelnen als bei Vielen denkbar, endlich aber über das im einzelnen Fall Zweckmäßigste auch aus anderen Gründen verschiedene Ansichten möglich sind, und daß diese Sätze auch von Demjenigen als Vernünftigem (also in thesi) nicht bestritten werden, der ihre Anwendung (in hypothesi) als Beschränkung seiner Willkür empfindet, — so kann dies zu dem Rechtssatze führen, daß auch ohne vorherigen Vertrag die Minderzahl der Betheiligten sich der Mehrzahl in Angelegenheiten eines gemeinsamen, also für Alle identischen, Interesse unterzuordnen habe.

Wir schreiten zur Anwendung dieser allgemeinen Betrachtung auf das Concursrecht. Eine Creditorschaft ist weit davon entfernt, unter sich in Vertragsverhältniß zu stehen; die Unsicherheit ihres Schuldners begründet vielmehr nur die Besorgniß einer wahren Collision von Ansprüchen, welchen nichts gemeinsam ist als die triviale Maxime, daß melior conditio possidentis. An die Stelle dieses Naturstandes tritt mit der erklärten Insolvenz des Schuldners die rechtmäßige Berücksichtigung aller Ansprüche aus einem Vermögen, welches zu ihrer völligen Befriedigung nicht genügt. Die ganze Arbeit des Concurses besteht zur einen Hälfte in der geordneten Vertheilung der vorhandenen Masse unter die Gläubiger, mit unverkennbarer Analogie einer einfachen Communion, bei welcher die zur divisio judicialis führenden Theilungsklagen den Hauptgrund ihrer Erwähnung in jedem Corpus juris bilden müssen. Abstrahiren wir hiervon für jetzt, um später darauf zurückzukommen, so tritt als zweite (der Zeit nach frühere) Aufgabe des Concurses die Constituirung und Erhaltung eben jener Masse nebst allen für die Vertheilung sonst erforderlichen Vorbereitungen hervor. Dabei contrahirt — mit Paulus zu reden — jeder einzelne Gläubiger nicht mit den übrigen, sondern er stößt auf sie mit Verdruß ("incidit in eos"); nicht die Absicht auf Gewinn durch vereinte Kräfte associirt ihn mit ihnen, sondern nur die Thatsache ihrer Existenz und gleichberechtigten Concurrenz;

("et hos conjunxit ad societatem non consensus, sed res"). Der Charakter der von den Neueren sogenannten communio incidens liegt hier vor Augen, nur wird schon durch die Natur des Objectes — ein ganzes Vermögen — und durch den Zweck des Geschäfts ein reicherer und mehr mannigfacher Inhalt bedingt, als bei der zufälligen Gemeinschaft eines einzelnen Hauses. So lange diese letztere besteht, kann man sich allenfalls begnügen, ihren Gegenstand vor gänzlichem Verfall zu schützen durch das exceptionelle Recht jedes Betheiligten, die Vornahme der dringendsten Reparaturen gegen seine Genossen durchzusetzen, da er ja jederzeit bei gestörter Einigkeit durch Klage auf Theilung die freieste Verfügung über seinen ihm anzuweisenden Antheil zu erreichen vermag. Dagegen ist eine Vertheilung der Concursmasse nicht durch reelle Division zu effectuiren, sondern nur nach geschehener Veräußerung, d. h. nach Reduction auf ihren Werth, als den gemeinsamen Maaßstab für alle darauf haftenden Forderungen; ferner soll sie vorerst zusammengezogen, und wenigstens so lange asservirt werden, bis über die Zahl und das Recht der zum Theil noch unbekannten Communions-Interessenten Gewißheit erlangt ist. — So lange es dem einzelnen Gläubiger überlassen blieb, sich für diese Geschäfte als die treibende Kraft zu geriren, wurde ihm nur die Hülfe der Obrigkeit (durch Universalarrest und mand. arr.) und der gerichtlichen Beamten (des Gerichtsvoigts und Actuars) dafür zugesichert. Es mag weniger das ehrgeizige Verlangen der Mitgläubiger, als die Unbilligkeit oder Unsicherheit von dem Einzelnen eine mühsame und kostspielige Thätigkeit zu Gunsten Aller erwarten zu sollen, gewesen seyn, was nachher den Impuls gab, solche Angelegenheiten als allen Creditoren gemeinsame zu behandeln. Dabei mußte aber in der Periode vor der Neuen Falliten-Ordnung die natürliche Sprödigkeit des ohne künstliche Mittel zu behandelnden Stoffes mehrfach geniren: Langenbeck in der oben (S. 293) mitgetheilten Schilderung bestätigt, daß die von den Fallitcommissarien des Rathes geladenen Gläubiger nicht zu erschei-

nen brauchten, ohne weitere Folge, als daß ihnen der Beschluß der Anwesenden nachher kund gethan, und versucht wurde, ihre Einwilligung zu demselben einzuholen. Er bemerkt ausdrücklich: "und können nach jetzigem Styl die majora oder sonst einer den andern im Geringsten nicht präjudiciren." Sehr natürlich! denn der melior conditio prohibentis kann ohne speciellen Vertrag oder Gesellschaftsstatut nur durch ein zwingendes Gesetz die Unterwerfung unter Majoritätsbeschlüsse substituirt werden. Diesen Schritt hat vollständig und mit Bewußtseyn die Neue Falliten-Ordnung gethan; ihr Recht dazu haben wir vorhin zu vindiciren gesucht. Ueber die Zweckmäßigkeit dieser Methode ist nach der vorliegenden Erfahrung eines Jahrhunderts zu entscheiden. Bekanntlich ist gemeinrechtlich der Offizialthätigkeit des Concursrichters behufs Ausführung oder Controle die Administrirung des Concurses in weit höherem Maaße zugewiesen, als sie in Hamburg den Commissarien des Rathes oder des Handelsgerichts im Sinn der Falliten-Ordnung obliegt. Auch kann davon, unsere Richter für die Zukunft zu Massepflegern zu machen, nicht die Rede seyn. Es kommt aber darauf an: ob unter einer beliebigen Anzahl von Gläubigern regelmäßig geeignete Subjecte zu suchen sind und von den Wählern mit Sicherheit getroffen werden, ob die Zahl von zwei oder drei Curatoren der Betreibung ihrer Geschäfte förderlich ist, ob oft wiederkehrende Versammlungen von Gläubigern, wenn sie zahlreicher besucht würden, die aufgewandte werthvolle Zeit belohnen könnten; ob ferner bei größeren Fallissementen die Garantie für Alles, was dabei hauptsächlich dem engagirten Buchhalter zufällt, ausreicht, oder ob das Interesse des Publikums besser, als bei dieser consequenten Anwendung des selfgovernment, durch Anstellung von Beamten, sey es für einzelne dabei vorkommende Geschäftszweige oder allgemein etwa für kleinere Fallissemente, gewahrt seyn würde? Wir müssen uns bescheiden, die Antwort auf diese und ähnliche Fragen von Stimmen der Erfahrung und partheilosen Sachkunde zu erwarten.

Das Publicationspatent zur Neuen Falliten=Ordnung erklärt: um so weit als möglich ohne die bisher über die Maaße ausgedehnten und vervielfältigten gerichtlichen Processe den Gläubigern zu dem Ihrigen zu verhelfen, habe der Rath keinen bessern Weg gefunden, als die außergerichtliche Abmachung der Fallitsachen an die Stelle der bisherigen geldspilligen Verfolgung treten zu lassen, und deshalb jederzeit eine Commission aus seiner Mitte verordnet, vor welcher unter der Commissariorum Auctorität die Berathschlagungen der Creditoren angestellt, und die Fallitsachen regelmäßig ausgemacht werden sollen. Es kann, in Betracht der damaligen Stellung des Rathes zur Rechtspflege und öffentlichen Gewalt, nicht befremden, daß das Gesetz über die besonderen Functionen solcher Commissarien, über den Inhalt und die Gränze ihrer Auctorität fast gänzlich schweigt; aber auch das neuere Gesetz, welches Mitgliedern des Handelsgerichts diese Stellung zuweist,[1]) enthält über jene Frage kaum eine Andeutung. Die Bestellung einiger Curatorum bonorum wird in dem Publicationspatent für so nützlich als nöthig erklärt, nicht minder aber die Ernennung des im art. 3 erwähnten graduirten Actuarius commissionis perpetuus, der bei allen Commissionen in Fallitsachen gegenwärtig seyn muß, um das Protocoll über die Propositionen und Entschließungen zu führen. Berathungen der Gläubiger können nach Einsetzung der Commissarien nicht anders als unter den Auspicien dieser erfolgen: von diesem Zeitpunkte an sind alle Privat=Convocationen der Gläubiger, sey es durch die letzteren selbst oder durch den Schuldner, verboten. Zwar ist es den Curat. bon. für Nothfälle gestattet, die Creditores privatim zu convociren,

---

[1]) Der transitus legalis wurde durch art. 18 der Handelsgerichts=Ordnung vom 15. December 1815 bewirkt: "Von den zur Zeit der eröffneten Sitzung des Handelsgerichts noch nicht bei dem Senate anhängigen Fallissementen gehören alle diejenigen, welche nach der hiesigen Verfassung sonst zur Competenz des Senats stehen würden, zur Competenz des Handelsgerichts, welches zur Berichtigung eines Fallissements zwey Commissarien verordnet."

jedoch mit der Verpflichtung, die Commissarien unverzüglich davon zu benachrichtigen, und bei der nächsten Commission ihren Bericht über den in der Privatzusammenkunft gefaßten Beschluß zu Protocoll zu geben. (Neue Falliten-Ordnung art. 2). —

Für die Abstimmungen in den Commissions-Versammlungen finden wir den Grundsatz, welchen das Römische Recht nur für den gezwungenen Nachlaßvertrag aufstellt, generalisirt, und nach Analogie der Actiengesellschaften angewandt. Die vota nämlich sollen "nicht, wie bisher geschehen, nach Anzahl der Personen," sondern nach den Summen der angegebenen Forderungen dergestalt gerechnet werden, daß mit Ausschluß der Privilegirten und der Forderungen unter 100 Mark, bis Bco. Mark 3000 eine Stimme, dann für je 6000 eine weitere, und über 21,000 Mark stets fünf Stimmen bewilligt werden, letzteres, damit sich Niemand allein zum Meister der Berathschlagungen mache. Während aber nach gemeinrechtlicher Doctrin nur vollständig legitimirte Gläubiger, und diese sämmtlich, als Mitglieder des Corps behandelt werden, weshalb erst nach dem Edictal- und Liquidationsverfahren die Wahl eines Curators und sonstige Berathungen stattfinden können, so ließ die Hamburgische bona fides eine schlankere Methode zu, ohne welche Auskunft es auch z. B. unmöglich gewesen seyn würde, das Fallissement mit Anordnung der Curatorenwahl zu eröffnen. Es soll, wie art. 21. § 3 vorschreibt, eines Jeden Angabe über seine Forderung und deren Größe getrauet werden. Er hat zur Zeitersparniß bei seinem ersten Erscheinen die Art und Summe seiner Forderung zu Protocoll zu melden, ehe er zum Votiren admittirt wird, jedoch mit dem (gesetzlichen) Vorbehalte, daß es ihm im Verfolg der Sache zu keiner Verantwortung oder Nachtheil gereiche, wenn er etwa aus Unwissenheit oder Irrthum seine Forderung zu hoch oder zu gering angegeben hätte, welchen Irrthum zu corrigiren ihm stets freisteht. Auch wenn gegen die Richtigkeit seiner Angabe ein specieller Verdacht sich hervorthut, soll er vor ausgemachter Sache von

den Consultationen der anderen Gläubiger nicht ausgeschlossen werden, und eine unrichtige Angabe so wenig die Wahl der Curatorum als übrige Berathschlagungen unkräftig machen, Alles unbeschadet der Bestrafung eines vorsätzlichen Falsi. (Art. 4. 21. § 4. art. 56. § 4). — Auf der anderen Seite wird auch auf die Vollzähligkeit der Gläubiger-Convente kein besonderes Gewicht gelegt. Was die Majorität der Anwesenden zum Nutzen der Masse beschließt, soll unbedingt gültig seyn. Damit aber die Berathschlagungen durch die Ausbleibenden nicht gehindert oder fruchtlos gemacht werden können, soll die Verwarnung, daß der nicht Erscheinende sich gefallen lassen müsse, was in seiner Abwesenheit beliebt wird, in den Ansagezettel jedesmal gesetzt, und in der That der Beschluß der Anwesenden für eben so bündig geachtet werden als wenn er von den Abwesenden mitgenehmigt wäre, selbst wenn nur ein einziger Gläubiger oder nur die Curatoren allein in der Commission gegenwärtig gewesen. (Art. 21. § 2. 5). Wenn dieses Durchgreifen sich durch die specielle Erinnerung an den gesetzlich fingirten Verzicht in den von den Commissarien ausgehenden Vorladungen rechtfertigt, so erklärt sich auch eine noch weiter gehende Facilität durch das practisch überwiegende Bedürfniß der Beschleunigung. Convocirt können nämlich zunächst nur die bekannten unter den hiesigen Gläubigern werden. Der Fallit hat dieselben nebst den Mandataren der auswärtigen namhaft zu machen; weigert er sich dessen, oder ist er entwichen oder gestorben, so sind in seiner Wohnung durch einen Buchhalter "vor allen Dingen die Namen der Creditorum, so viel in der Eile möglich, aufzusuchen" und den Commissarien einzureichen, um sie zu der Curatorenwahl berufen zu können (art. 4. 5). Auch werden die Curatoren angewiesen, beim Antritt ihres Amtes an die auswärtigen Gläubiger, sobald sie deren Namen und Heimath erfahren, zu schreiben, und sie zur Bestellung und Instruirung hiesiger Bevollmächtigten aufzufordern. Wer sich aber auf diese schriftliche Intimation nicht meldet, wird als das in den Fallitcommissionen Beschlossene stillschweigend ge-

nehmigend angesehen (art. 51. § 1). Auch im Verfolge der Sache ist die Nachsuchung eines Fallitproclams keineswegs als unbedingt erforderlich vorgeschrieben. Der art. 11 läßt es dahingestellt, ob die Curatoren das Proclama zur Ausfindigmachung der Creditoren nöthig finden; nach art. 18 können sie, wenn sie es zur Ausfindigmachung der Gläubiger zuträglich erachten sollten, das im Niedergericht zu erbittende Proclam affigiren lassen; art. 46 spricht davon, was geschehen soll, nachdem sie die Creditores ohne Proclam oder durch dasselbe ausfindig gemacht haben, und art. 74. § 3 beginnt: "Haben Curatores das Proclama und die sententiam praeclusivam nicht nöthig erachtet, weil sie ohne diese *passus* Creditores ausfindig machen können, so etc. etc."

Diese nur facultative Weisung entspricht dem unbedingten Zutrauen, womit die Wahrnehmung des eigenen Interesse dem Corps der Gläubiger selbst anheimgegeben wurde, und dem freien Ermessen, mit welchem die Curatoren Namens ihrer Auftraggeber für die Constituirung und Regulirung der Activmasse gesetzlich ausgerüstet sind. Die Falliten-Ordnung hat den von ihr vorgefundenen Standpunkt festgehalten, wonach die Commissarien in der durch sie berufenen Versammlung die unmaaßgebliche Proposition machten, "auf Art und Weise, wie Creditores gefällig, zu verfahren." [1]) Nur dann, wenn wider Verhoffen das eigentliche Concursverfahren, als Gegensatz zum Abschluß eines Accordes, nicht zu vermeiden wäre, sollten die im vorigen Paragraphen von uns näher erwähnten gerichtlichen Acte (Versiegelung, mandatum arr., Präclusivsentenz u. a.) als Vorbereitung für das endliche Prioritätsurtheil nothwendig bleiben, also an dem früheren Rechte nichts Wesentliches geändert werden. (Art. 76 folg.) Dagegen haben für die neue, jetzt zur Regel erhobene Art der Abwickelung jene Acte nur die Bedeutung von "gerichtlichen passus," deren man sich als einzelner Hülfsmittel je nach den Umständen mit beliebiger Auswahl

---

[1]) Langenbeck zu art. 5. tit. 43 Stat.

bedienen kann, wenn nicht ihr Zweck auf anderem und einfacherem Wege zu erreichen steht (s. art. 18). — Den Curatoren liegt nach ihrer Bestätigung zunächst ob, des Falliten Baarschaft, Waaren und werthvolle Mobilien in Besitz zu nehmen, ungesäumt über sein ganzes Vermögen ein vollständiges Inventar durch den Gerichtsschreiber oder von Notarien errichten zu lassen, und — da das Gesetz kaufmännische Fallissemente als den gewöhnlichen Fall voraussetzt — einen Buchhalter zu engagiren, der nach seiner Beeidigung durch die Commissarien sich die Bücher und Briefschaften überliefern zu lassen, dieselben nachzusehen, in Ordnung zu bringen, die Schlußbilanz daraus zu ziehen und an die Creditoren darüber zu berichten hat (art. 9. 17). — Die Art und Weise, wie sie die Gütermasse sicherstellen wollen, wird ausdrücklich ihrem Ermessen überlassen, mit der Andeutung, daß dazu nach Ableistung des Manifestationseides durch den Falliten schon die Verwahrung der Schlüssel zu den Localitäten genügen dürfte. Sie können jedoch auch Wächter in das Haus legen, oder die vorgefundenen beibehalten, wenn schon vorher der Universalarrest von Gläubigern ausgeführt war; im letzteren Fall treten ihre Anordnungen an die Stelle der bisherigen custodia des Gerichtsvoigts (art. 11—13). — Der Verkauf der Güter muß für gewöhnlich von den Curatoren bei Verlust ihrer Provision vor Ablauf der ersten drei Monate geschehen (Add. art. 3. § 1); er kann, sofern die Masse aus fahrender Habe besteht, ohne gerichtliche Befugung, und bei Waaren auch durch beeidigte Makler, in öffentlicher Auction vorgenommen werden. Immobilien werden nach Erlaubniß des Prätor [1]) (jetzt auf Decret des Handelsgerichts) gerichtlich in drei Terminen verkauft, in deren letztem der Zuschlag erfolgen muß (art. 19. 79). — Die Curatoren sollen ferner die ausstehenden Activa des Falliten einmahnen und eincassi-

[1]) Eben so genügt die vom Prätor ertheilte Befugniß statt der gerichtlichen Achterfolgung zum Verkauf der bei dem Falliten versetzten Pfänder. Neue Falliten-Ordnung art. 33.

ren, mit dem eingehenden Gelde die privilegirten Forderungen berichtigen, und den Rest entweder bei der Kammer deponiren oder auf ein eigenes Bankfolium schreiben lassen (art. 17). — Sie sind für alle Streitsachen, sowohl activ als passiv, die Vertreter der Gläubigerschaft, haben den Procurator Concursus zu bestellen, durch ihn dem einzelnen Gläubiger, der seine Beschwerde gerichtlich ausführen will, Rede zu stehen oder ihn ad agendum zu provociren, und alle Streitigkeiten durchzuhandeln, welche nicht das Verhältniß einzelner Gläubiger zu einander, sondern die ganze Masse betreffen. Alle aufgewandte Kosten, wenn sie nur zum Besten der Masse abzielten, sind sie befugt, den Gläubigern in Rechnung zu bringen, und den etwa bestrittenen Betrag durch ihren Eid zu justificiren. Die Creditoren haben ihnen aus dem Accordsquantum für den Ersatz solcher Kosten Caution, und nöthigenfalls pro rata Einschuß zu leisten (art. 74. 92. 95). Eine Folge hiervon ist es, daß die Vertreter einer Fallitmasse nicht von der Caution für Proceßkosten befreiet sind [1]) und daß ihnen das Armenrecht auch für eine l e e r e Masse nicht bewilligt wird.

Ueberall, wo dieses g e s e t z l i c h e Schema eine Lücke läßt, sind die Curatoren kraft des ihrem Verhältniß zu Grunde liegenden A u f t r a g e s zur Einholung specieller Instruction von den Gläubigern als ihren Vollmachtgebern verpflichtet. Als Mandatare haften sie, wiewohl nur Jeder im Bereiche seiner persönlichen Geschäftsführung, für dolus und schuldvolles Versehen, legen zuletzt von ihrer bisherigen Verwaltung Rechnung ab und werden in dieser Schlußcommission von den Gläubigern quitirt, von derjenigen Behörde aber, von welcher ihre Confirmirung ausging, der geführten Curatel entschlagen (art. 97. 98). Zur Herbeiführung dieses Resultates wird ihnen eine sechsmonatliche Frist bewilligt, die zwar, wenn möglich, anticipirt, ohne besondere Genehmigung aber unter

[1]) H e i s e und C r o p p Jur. Abh. Bd. I. S. 320 — 324. Unsere Praxis stimmt damit überein.

dem Präjudiz des Verlustes der Provision nicht willkürlich prolongirt werden sollte (art. 46). Indessen beschränkt schon der erste Additional-Artikel von 1772 dieses Ziel auf die Vertheilung einer Abschlagssumme, so weit eine solche mit Sicherheit geleistet werden könne; die Erfahrung der beiden dazwischen liegenden Jahrzehnde hatte gelehrt, "wie selten eine Fallitsache in 6 Monaten bis zum Accord gesetzmäßig befördert wird, und daß vielmehr Creditores oft Jahre lang warten müssen, bevor sie das Mindeste ex massa wieder erhalten." Um solchen Klagen vorzubeugen, hat das Gesetz (art. 21. § 1. art. 97. § 3) einen regelmäßigen Verkehr zwischen den Curatoren und ihren Auftraggebern anordnen wollen: erstere sollen zum Mindesten alle 3 Monate ihre Mitcreditoren coram Commissione convociren und von dem Zustande der Masse Bericht erstatten, in welchen Versammlungen denn auch von Zeit zu Zeit, was der Masse ersprieslich, überlegt werden könne. Dieser äußerst unreife Gedanke konnte schon in der ersten Zeit keine weiteren Früchte tragen, als verschiedentlich wiederholte Commissoria des Rathes mit den verschollenen Fallitsachen aufzuräumen.[1]) Die Convocation der Gläubiger ist nach dem Systeme der Falliten-Ordnung erforderlich, wenn Gegenstände vorliegen, hinsichtlich deren eine Beschlußfassung die Competenz der Curatoren übersteigt; als Materien für eine solche Mitgenehmigung sind insbesondere bezeichnet: die Bestimmung von Alimenten für den Falliten, seine Absendung und Instruction zu Geschäftsreisen, der Aufschub im Verkauf der Mobilien und Grundstücke über die ersten 3 Monate und in Vorlegung des Accordes über 6 Monate hinaus (art. 35. 36. 46. Addit., art. 1. 3). Daß dagegen die Anordnung von zwecklosen periodischen Versammlungen und Unterhaltungen der Gläubiger ihren Verlust nicht verringern konnte und daß sie todtgeboren zu Gunsten aller Betheiligten bleiben mußte, ist eben so einleuchtend wie der fühlbare Mangel an einem wirksamen Antriebe für die

---

[1]) Vergl. die Extr. Prot. Senat. von 1757. 1763. 1766, renovirt 1769 und 1772 in der Ausgabe der Falliten-Ordnung von 1823.

Curatoren zur prompten Wahrnehmung und unnachlässigen Erledigung ihrer Obliegenheiten. Es liegt sehr nahe, behufs Abhülfe dieses Uebelstandes auf die zweckmäßige Einrichtung und musterhafte Ordnung zu verweisen, welche sich in der analogen Controle unseres Vormundschaftswesens schon vollständig bewährt hat. Wenn in ähnlicher Weise die Verwalter von Fallitmassen durch das medium eines darauf verpflichteten Beamten zur gehörigen Berichterstattung an die Commissarien aufgefordert und mittelst mäßiger Ordnungsbußen angehalten würden, so würde zugleich dem Interesse der Gläubiger, abgesehen von besonderen Motiven zu Versammlungen, durch die Befugniß jederzeit sich durch Inspection des Protocolles von dem Stande der Hoffnungen unterrichten zu können, völlig genügt werden.

Wenden wir uns nun zu den, die Bildung und Vertheilung der schuldnerischen Masse regulirenden Rechtsgrundsätzen, mit dem Versuche, die leitenden Gedanken für diese inhaltreiche Materie zu erfassen.

Der Beginn des Fallitverfahrens stellt die Gläubiger oder deren Vertreter als Inhaber der bisher von dem Gemeinschuldner besessenen Gegenstände dar. Den Grundgedanken des Concurses bildet jedoch nicht diese Veränderung der Detention, sondern die Beschlagnahme eines ganzen Vermögens und dessen Reduction auf seinen Werth zum Zweck der Befriedigung so weit möglich. Der Begriff des factischen Gesammtbesitzes eines Menschen in irgend einem Zeitpunkte und derjenige seines Vermögens decken sich in zweifacher Beziehung nicht: er kann dermalen etwas besitzen, was nicht zu seinem Vermögen gehört, und er kann als zu seinem Vermögen gehörig etwas ansprechen, ohne es zur Zeit zu besitzen. Da nun der Concurs mit dem Eintritt der Gläubiger in den schuldnerischen Besitz anhebt, seiner Idee zufolge aber eine Disposition über das Vermögen erfordert, so ist es eine seiner Aufgaben, diese Idee zu realisiren, also jenes factische Verhältniß in das dem Rechtsbegriff entsprechende zu verwandeln. Es bedarf dazu indessen nur einzelner Ver-

änderungen (und oft auch dieser nicht), denn theilweise pflegt man freilich sein Vermögen zugleich zu besitzen, und was man besitzt, auch im Vermögen zu haben; dieser Erfahrungssatz liefert eben den Grund, weshalb die Beschlagnahme des Vermögens mit dem Eintritt in den factischen Besitz des Schuldners anfangen kann, wobei nur einzelne Berichtigungen nach beiden Seiten nöthig bleiben, und wenigstens in jedem Fall untersucht werden muß, ob solche erforderlich seyen. — Der Inbegriff von Allem, was der Schuldner besessen hat, so weit die Gläubiger in diesen Besitz eintreten, formirt den Stamm der Activmasse. Aus dieser muß jetzt dasjenige ausgeschieden werden, was, nicht weil es zu seinem Vermögen gehörte, sondern aus anderen Gründen sich bei ihm vorfand. Andererseits soll zur Masse hinzugezogen werden, was, obschon Theil seines Vermögens, für jetzt nicht in seinem Besitze war, um es verwerthen zu können. Durch beide Operationen ist der Begriff seines Vermögens dergestalt verwirklicht, daß letzteres vollständig zur Befriedigung der Gläubiger diensam wird.

Wenn man andererseits den Grundsatz für die Vertheilung der Masse aufsucht, so wird dabei ein Object vorausgesetzt, an welchem collidirende Ansprüche über seinen Werth hinaus nicht allein möglich, sondern wirklich vorhanden seyen. Dies ist z. B. nicht der Fall, wenn von der für eine gewisse Summe verpfändeten Sache einem Anderen der etwaige Ueberschuß ihres Werthes angewiesen wird; hier ist kein Conflict denkbar, denn das Recht des Zweiten soll erst dort anfangen, wo dasjenige des Ersten aufhört. Ferner wird bei gleichen Ansprüchen auf dasselbe Object, deren jeder das letztere erschöpft, der durch Occupation oder durch Priorität des Urtheils zuerst Befriedigte von dem anderen durch ihn Ausgeschlossenen nicht beschränkt, welchem vielmehr nur übrig bleibt, sich seines Schadens bei dem Schuldner persönlich zu erholen.[1]) Endlich wird bei gleichzeitiger

---

[1]) L. 10. D. de peculio (15, 1). L. 15. C. de rei vind. (3, 32). Vergl. art. 18. tit. 8. P. II. Stat.

Geltendmachung von Forderungen auf den nämlichen speciellen Gegenstand die Collision dadurch vermieden, daß der Eine durch die Sache selbst, der Andere durch deren Werth abgefunden wird. [1]) Aber diese Auswege fruchten dann nicht, wenn gleichzeitig mehrere Forderungen auf dasselbe Object als auf das einzige Mittel ihrer Befriedigung gerichtet sind, die in ihrer Summe dasselbe übersteigen, wie es zum Begriff des Concurses gehört, also wenn zwei Gläubiger von 100 und 200 aus einem Werth von 150 berichtigt werden sollen. Da das Merkmal, ob eine dieser Forderungen in früherer Zeit als die andere entstanden, theils nicht immer zutrifft, theils wenigstens nach Römischem Recht keinen Unterschied begründen soll, [2]) so bleibt nichts übrig, als eine verhältnißmäßige gegenseitige Beschränkung zu statuiren, wodurch die Rechtshülfe nicht aufhört, sich als solche zu bewähren, indem jedem Betheiligten zu seinem Rechte verholfen wird, so weit möglich, ohne Diesen oder Jenen durch willkürliche Ungleichheit zu verletzen. Dieses Princip einer gleichmäßigen gegenseitigen Beschränkung der Interessenten so weit als nöthig, welches sich, wie schon bei der römischen venditio bonorum, so auch im ältesten Stadtrecht ausgesprochen findet, [3]) ist die rechtliche Basis für die Vertheilung einer insolventen Masse, dergestalt, daß jede Abweichung davon entweder aus besonderen Gründen gerechtfertigt, oder von der Kritik verworfen werden muß.

Auf diesem allgemeinsten Standpunkte läßt sich bereits ein Hauptgeschäft, nämlich die Erweiterung der Activmasse durch die nur factisch davon getrennten zu ihr gehörigen

---

[1]) L. 33. D. de legat. I. (30).

[2]) L. 32. D. de reb. auct. jud. poss. (42, 5).

[3]) Stadtrecht von 1270 VI, 15 "mark markelike" (derselbe Ausdruck III, 5). Vergl. L. 5. D. de curat. bonis d. (42, 7) "ita ut omnibus *pro portione* praestarentur." L. 6. C. de bonis auct. jud. poss. (6, 72) "aequali portione, pro rata debiti quantitate."

Theile, am einfachsten absolviren. Die Gläubiger, oder für sie die Güterpfleger, üben hierfür keine geringere Befugniß [1]) aus, als welche dem Falliten zustehen würde, wenn er selbst noch über das Seinige disponirte. Durch Einforderung der in fremden Händen befindlichen Sachen, durch Einziehung der ausstehenden Activa und Geltendmachung aller desfallsigen Klagrechte wird bei Niemandem ein legales Interesse verletzt. Wurde der Concurs durch freiwillige Güterabtretung oder Insolvenzerklärung des Schuldners veranlaßt, so bietet schon die gewöhnliche Cession eine analoge Rechtsform dar; dieselbe braucht jedoch in anderen Fällen, wo man von einer cessio legalis zu Gunsten der den Concurs movirenden Gläubiger spricht, nicht einmal durch eine derartige Fiction ersetzt zu werden, da im gewöhnlichen Executionswege mittelst des Arrestes auf das Guthaben des Schuldners wesentlich das Nämliche zu erreichen ist. Nur durch die von Obrigkeits wegen angedrohete ansehnliche Geldstrafe für Nichtbefolgung überschritt das mandatum arrest. die Gränzen des privatrechtlichen Gebietes, innerhalb dessen es genügt, die Legitimation der Gläubiger im Verhältniß zu den dritten Debitoren als eine active Repräsentation des Falliten zu construiren, für deren Benutzung unter sich sie der Controle des Concursgerichts unterworfen, und dem Gemeinschuldner verantwortlich bleiben.

Nach Erledigung dieses Punktes erhalten wir eine durch Beitreibung aller von Rechtswegen dazu gehörigen Theile vervollständigte und constituirte Activmasse, deren nach Reduction auf den Geldwerth ausführbare Repartition unter sämmtliche Gläubiger pro rata ihrer Forderungen als die Sache einer einfachen Berechnung erscheinen kann. Wirklich wird auch alles hierbei noch übrige Detail von den beiden Fragen beherrscht:

---

[1]) Ob ihr Recht weiter gehen könne, als dasjenige des Schuldners ging, ist eine andere Frage.

1) ob und unter welchen Umständen einzelne Forderungen eine andere Locirung finden, als ihnen durch die Concurrenz mit gleichberechtigten anzuweisen ist? Und

2) welche Modificationen daraus entstehen, wenn das zwiefache Verhältniß des gegen den Falliten Berechtigten und Verpflichteten in der nämlichen Person sich vereinigt?

Da es nicht von der Natur dieser Fragen, sondern von dem Resultate ihrer Beantwortung abhängt, ob sie unter den Begriff der Bildung oder aber der Vertheilung der Masse fallen müssen, so ist dies Beides in unserer Betrachtung zusammengefaßt; im Verlaufe einer Gränzberichtigung bleibt es noch unentschieden, ob die Untersuchung auf dem einen oder dem anderen Terrain vorgenommen wurde. Von jenen Fragen umfaßt die erste die specielleren nach den etwaigen Vindicanten, Separatisten, Privilegien und Prioritätsrechten; die zweite berührt das Schicksal der vom Schuldner geschlossenen zweiseitigen Verträge, des Compensations- und Retentionsrechts.

In einer vorzüglichen Darstellung des Concursrechts lesen wir: "Da die Befriedigung der Gläubiger nur aus den Gütern des Cridars, nicht eines dritten, erfolgen darf, so ist das Recht der Vindicanten, ihre Sachen vorwegzunehmen, einer der einleuchtendsten Rechtssätze. Von der Masse selbst verlangen die Vindicanten nichts, und sie sind darum keine Theilnehmer des Concurses, treten weder mit den Gläubigern noch unter sich in Gemeinschaft, und können schon vor Beendigung des Concurses, jeder für sich, Herausgabe ihres Eigenthums fordern." [1]) — Gleichwohl verlangt dieser "einleuchtende Rechtssatz" wohl noch eine schärfere Begründung und Begränzung, als er durch jene Argumente erhalten hat. Daß allgemein Jedem das Seine werden müsse, ist unstreitig, und daß deshalb die Gläubiger nichts zu sich nehmen oder behalten dürfen, was zur Abfindung eines Einzelnen gereichen kann, mag bei einer völlig solventen Masse das Sicherste seyn; unausführbar jedoch wird es bei einer insolventen. Wer

---

[1]) Schweppe System des Concurses § 45.

von dem Schuldner eine vorhandene Waare gekauft hatte, dem gebührt sie gewiß, zumal wenn er sie schon bezahlt hat; dennoch wird er sie schwerlich aus der Masse erhalten, was auch namentlich dann absolut unmöglich wäre, wenn sie etwa vom Schuldner zur selben Zeit doppelt und mehrfach verkauft seyn sollte. Zwar haben wir selbst vorhin (S. 331) als Correlat der Hinzuziehung von ausstehenden Gegenständen und Forderungen zur Activmasse die Ausscheidung der nur im Besitz, nicht auch im Vermögen des Schuldners befindlichen Objecte gefordert; wir sind jedoch dort den Beweis für dieses Postulat noch schuldig geblieben. Das letztere scheint zunächst nur ein besonderer Ausfluß der ehrenwerthen Regel, daß unter Vermögen nur das nach Abzug der darauf haftenden Schulden Nachbleibende verstanden werden dürfe; dieser Satz verliert aber leider seine Anwendbarkeit, wenn der Rest eine negative Größe werden würde, wie es namentlich im Concurse geschieht, wo grade die bona der Gläubiger die Nothwendigkeit trifft, sich eine solche Subtraction gefallen zu lassen. Die Pflicht, eben den auftretenden Vindicanten die von ihnen begehrten Gegenstände unverkürzt verabfolgen zu lassen, ist an sich um nichts einleuchtender, als überhaupt die Rechtspflicht, seine Schulden zu entrichten; weshalb soll die vorhandene Activmasse vielleicht ganz unter diejenigen vertheilt werden, welche es geltend machen wollen, daß ihnen die betreffenden Theile in eminenter Bedeutung gehören, während dann alle übrigen nicht minder rechtmäßigen Prätensionen leer ausgehen müssen?

Bei Forschung nach dem juristischen Grunde für solche Modificationen des generellen Vertheilungsprincipes zu Gunsten einzelner Prätendenten erscheint uns der Concurs als ein Moment in dem Stadium der Hülfsvollstreckung überhaupt, bei welcher als Incidentpunkt eine Rücksicht auf das Rechtsverhältniß dritter Personen auch außerhalb des Concursverfahrens denkbar ist. Nothwendig wird die Execution, entweder um den wirklichen Widerstand des Verurtheilten zu brechen, oder um wegen seines passiven Verhaltens den Inhalt

des Urtheils anderweitig zu vollführen. Der erstere dieser Zwecke cessirt freilich im Concurse, wo theils vom Gerichte selbst, theils unter seiner Leitung und Controle von den Curatoren ohne Widersetzlichkeit oder bösen Willen gehandelt wird; dagegen ist die im zweiten enthaltene reine Realisirung dessen, was Rechtens, von Interesse für die Vergleichung, weil auch die Distribution der Fallitmasse lauter solche Ansprüche voraussetzt, die, sofern noch keine Verurtheilung desfalls erwirkt worden war, durch das vorgängige Liquidationsverfahren bereits zu rechtskräftiger Anerkennung gefördert seyn müssen, um überhaupt berücksichtigt zu werden. — Die moderne Vollstreckungstheorie begnügt sich, ihre Zwangsmittel aus dem zweckmäßigen Verhältniß zu dem Inhalt des condemnirenden Urtheils zu rechtfertigen,[1]) und da die möglichen Kategorieen des letzteren sich demgemäß, eben so wie das Klag-petitum, den verschiedenen Formen der freiwilligen Erfüllung anschließen, so ist daraus die systematische Eintheilung in Unterlassungen, Handlungen, Leistung individueller Sachen und Geldzahlung gebildet.

a. Wenn die Verurtheilung auf eine Unterlassung ging, so sollte nach Römischem Recht der Verurtheilte unter Umständen zur Leistung einer Caution angehalten werden.[2]) Der J. R. A. § 162 will dem unterliegenden Theil eine Pön angedrohet und diese bei jedem Contraventionsfall eingezogen wissen. Beide Methoden würden durch den eintretenden Concurs wohl unpractisch werden müssen, aber die ganze Verurtheilung trifft hier überall nur den nachherigen Falliten persönlich, für welchen die Uebertretung des Verbotes nach der Insolvenzerklärung ein neues factum obligatorium seyn würde; die Fallitmasse bleibt davon völlig unberührt, denn das Vermögen dient hierbei nur als psychologisch wirkendes Mittel die

---

[1]) Im älteren Römischen Proceßrecht war dies bekanntlich wesentlich anders. Lehrreich darüber ist die Abhandlung von Sintenis in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Bd. 11. No. 2.

[2]) L. 15 D. de operis novi nunc. (39, 1).

Befolgung des Verbotes zu erzwingen, und dieses Mittel wird von selbst unwirksam oder unstatthaft, wenn das bisherige Vermögen nicht mehr das des Schuldners, sondern den Gläubigern überwiesen ist.

b. Das Urtheil verlangt ein positives Handeln. Hierbei wird unterschieden, ob die Handlung auch von einem Anderen als dem Schuldner mit gleichem Erfolge für den Kläger vorgenommen werden kann, wo man sie für Rechnung des Ungehorsamen verrichten läßt, von welchem dann die Kosten wie jede Geldschuld beigetrieben werden.[1] Kann aber nur der Verpflichtete selbst das schuldige factum prästiren, so soll nach fruchtlosem Versuch ihn dazu durch Geldstrafen und ähnliche Präjudize zu nöthigen, das Interesse des Klägers geschätzt und als Geldschuld exequirt werden.[2] In beiden Fällen entsteht demnach hier ein gegen das Vermögen gerichteter Anspruch pecuniärer Natur auf Ersatz der aufgewandten Kosten oder das Interesse, welcher, falls der Schuldner inzwischen zum Concurse kommt, dort angemeldet werden kann. Freilich gereicht diese Lösung zum Schaden des Berechtigten, der statt der Handlung selbst höchstens eine Dividende ihres Werthes erhält, wie auch zum Nachtheil der Creditorschaft, die einen neuen Concurrenten nur wegen des Ungehorsams des Schuldners unter sich aufnehmen muß. Ohnehin kann es richtiger scheinen, den Kläger wegen solcher Handlungen, die Jemand auch nach Abtretung seines Vermögens zu leisten im Stande ist, von der Masse ganz auszuschließen;[3] indessen wird man auch nach neuerem Recht denjenigen nicht zu widerlegen wissen, der die absolute Unerzwinglichkeit einer positiven Handlung als

---

[1]) L. 5 D. de interd. (43, 1). L. 13 § 7 D. quod vi (43, 24).

[2]) L. 13 § 1 D. de re judic. (42, 1) "quia non facit quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus."

[3]) So trennt Schweppe System des Concurses § 49 von den Concursgläubigern alle "Ansprüche auf bloße facta des Cridars."

Rechtstitel seines Entschädigungsanspruchs für sich geltend macht. [1])

c. Wenn es darauf ankommt, dem Kläger eine individuell bestimmte Sache (species) zu verschaffen, so wird aus dem Besitze von Immobilien der Beklagte ermittirt und sein Gegner immittirt (vergl. oben § 2). Handelt es sich um bewegliche Gegenstände, so findet man in einzelnen Stellen des Römischen Rechts [2]) eine Bestätigung der Maxime, dieselben nach fruchtlos vorausgegangenen Strafbefehlen dem Verurtheilten mit Gewalt abnehmen zu lassen. Ist aber der Letztere durch seine Schuld zur Auslieferung in natura außer Stande, so muß durch den Schätzungseid oder auf anderem Wege die Leistung in eine pecuniäre verwandelt werden, und dann tritt das bei Geldschulden übliche Verfahren ein. — Diese Sätze im Concurse angewendet, würden dahin führen, daß von Seiten der Gläubiger oder des Concursrichters, ohne vorerst die Anwendung der manus militaris abzuwarten, der vor oder nach Eröffnung des Concurses erfolgten Anerkennung des klägerischen Rechtes Genüge geleistet, mithin die in der Masse vorhandenen Gegenstände Denjenigen ausgeliefert werden müßten, die daran ein jus ad rem dargethan haben. Diese Form der Verpflichtung zur Extradition einer Sache wird aber das petitum und das ihm entsprechende Urtheil bei Klagen aus den verschiedensten Rechtsgründen annehmen: z. B. bei der Vindication, bei der Klage aus einer Schenkung, bei den Interdicten recuperandae possessionis, bei der actio emti und allen Verträgen, die durch Uebergabe eines Gegenstandes erfüllt werden, bei Rückgabe eines depositi, einer geliehenen oder vermiethet gewesenen Sache u. s. w. Zwei entscheidende Gründe stehen der trotz des Concurses

---

[2]) L. 21. § 4. D. de op. nov. nunc. (39, 1) "quanti ea res erit, tantam pecuniam dabit, *si hoc petitori placuerit.*"

[1]) L. 68. D. de rei vind. (6, 1). L. 5. § 27. D. ut in possess. legat. (36, 4). L. 15. § 23. D. de damno inf. (39, 2). L. 3. pr. D. ne vis fiat ei (43, 4).

zu versuchenden Durchführung jener Auslieferung entgegen: wenn ein solventes Vermögen häufig aus zweierlei Massen, nämlich aus individuellen Objecten und aus vorhandenen oder ausstehenden Capitalien, gewissermaaßen aus festen und flüssigen Theilen besteht, so fordert der Concurs vor Allem die Flüssigmachung auch der festen Theile, insofern nur dadurch der Maaßstab für eine gleichmäßige Repartition gefunden werden kann, und er muß aus demselben Grunde auch die Liquidirung der verschiedenartigen Prätensionen auf das Maaß ihres pecuniären Belaufes voraussetzen. Die Forderungen sowohl, wie die vorhandenen Mittel, sie zu befriedigen, können regelmäßig nur nach ihrem Geldwerth in Betracht gezogen werden, weil sie nur in diesem immer commensurabel sind. Mögte man von jener Gleichmäßigkeit auch mehr oder weniger vereinzelte Ausnahmen statuiren, so wird deren Zulassung doch nicht, statt von einer speciellen Rechtsregel, lediglich vom Zufall abhängig seyn dürfen. Zufällig aber ist für die Creditorschaft der Unterschied zwischen einer species und ihrem Geldwerth, weil es die Bestimmung jener ist, durch Veräußerung auf diese zurückgeführt zu werden; unwesentlich ist er für den Inhaber der Forderung, weil sein Vermögen bei der Vertretung einzelner Gegenstände durch deren Kaufpreis unverändert bleibt. Endlich scheint es auch für das Rechtsverhältniß zwischen dem einzelnen und allen Gläubigern gleichgültig, ob der Schuldner die zunächst geschuldete species bereits angeschafft oder sie wieder veräußert hatte, ob er ein corpus oder dessen allein erzwingbares Aequivalent geleistet haben würde, denn nicht die zufällige Beschaffenheit und Zusammensetzung seines Vermögens, sondern nur die Quantität desselben kann über das Schicksal der darauf angewiesenen gleich rechtmäßigen Ansprüche bestimmen. — Zweitens ist der Concurs, wie die Rechtshülfe überhaupt, an die Gränzen des factisch Möglichen gebunden; das Concursrecht kann ohne Widersinn nicht von Grundsätzen ausgehen wollen, deren Durchführung vielfach an unlöslichen Conflicten scheitern müßte. Begreiflich kann ein identisches

corpus zugleich bei dem Schuldner von einem Nichteigenthümer deponirt, von ihm selbst aber einem Dritten geschenkt, einem Vierten verkauft, und Anderen aus noch anderen Rechtsgründen die Auslieferung zuzusprechen seyn. Findet sich dieser Gegenstand in der Masse vor, so scheint jede Wahl unter Denjenigen, die sich gleichzeitig im Professionstermin gemeldet haben, eben so willkürlich, als die Vervielfachung des nur einmal vorhandenen Objectes unausführbar ist. Der Concurs würde, wenn man die begriffsmäßige Insufficienz des Ganzen bei den einzelnen Theilen der Activmasse ignoriren wollte, nach Cropp's Ausdruck sich selbst aufheben. [1])

d. Bei der Execution wegen einer Geldschuld bestimmt sich die Auswahl der zu pfändenden Sachen nur durch die schonende Rücksicht auf die leichtere Entbehrlichkeit für den Verurtheilten. Das Römische Recht berührt zwar in L. 15. § 4. D. de jud. (42, 1) den Fall, wo ein Dritter Ansprüche auf einen abgepfändeten Gegenstand geltend macht, und entscheidet ihn dahin, daß über solche Ansprüche als Incidentpunkte summarisch, ohne endgültiges Präjudiz für den Schuldner entschieden, übrigens, wenn möglich, unter Aufgebung des controversen Objectes zur Pfändung von anderen, nicht streitigen, geschritten werden solle. Allein grade diese Auskunft wird durch den Concurs, welcher analoge Fälle am häufigsten mit sich führt, abgeschnitten; denn er läßt keine Wahl mehr zwischen der Realisirung von streitigen und unstreitigen Vermögenstheilen, und in ihm muß das Rechtsverhältniß in Beziehung auf jeden möglichen Gegenstand der Activmasse definitiv festgestellt werden, so daß jene Gesetzesstelle nur eine ähnliche Frage aufgeworfen hat, uns aber bei dem Versuche, die Consequenzen ihrer Beantwortung zu ziehen, im Stich läßt.

Das positive Ergebniß dieser Perlustrirung läßt sich in die beiden Sätze zusammenfassen: Abweichungen von dem Grundprincip der gegenseitigen gleichmäßigen Beschränkung

---

[1]) Heise und Cropp Jur. Abh. Bd. 2. S. 378.

aller Ansprüche im Concurse sind nur insoweit möglich, als die Realisirung des etwa zugesicherten Vorzuges durch das Rechtssystem in seinem Zusammenhange gewährleistet werden kann. Und da jede Bevorzugung des Einen nur durch Benachtheiligung aller Uebrigen zu bewirken ist, so müßte dieselbe als Einschränkung des hier waltenden Gleichheitsprincipes außerdem durch überwiegende legislative Gründe sich besonders rechtfertigen.

Die Angabe des Einzelnen führt uns zu dem topischen Recht zurück. Vorzugsweise Befriedigung können einzelne Ansprüche entweder aus der Gesammtmasse durch einen Vorrang vor anderen, ihnen nachgestellten finden, oder durch Ausscheidung einer mit ihnen behafteten Specialmasse aus dem ganzen Vermögen, oder endlich mittelst Verweisung auf bestimmte in der Masse befindliche Gegenstände. Wir finden diese verschiedenen Wege in unserem, wie in dem gemeinen Concursrecht wirklich eingeschlagen.

A. Durch ein *Privilegium*, d. h. durch das Recht bei der Bezahlung aus der Concursmasse den übrigen Gläubigern voranzugehen, haben unsere Gesetze folgende Forderungen geschützt:

1. Die Kosten für Beerdigung eines verstorbenen Schuldners, so wie für Arztlohn und Arznei in seiner letzten Krankheit. Der erste Theil dieses Vorrechts ist aus dem Römischen Recht [1]) in den art. 2. tit. 5. P. II. Stat. und von dort in den art. 22. No. 1 der Neuen Falliten-Ordnung aufgenommen. Daß die Kosten der Beerdigung der vor dem Schuldner verstorbenen Frau und Kinder ausdrücklich ausgeschlossen werden, während das Römische Recht sie auf die gleiche Linie stellt, [2]) erklärt sich wahrscheinlich aus einem in dem Langenbeck'schen Commentar referirten Rechtsfall von 1723, worin der Rath

---

[1]) L. 45. D. de relig. (11, 7). "Impensa funeris semper ex haereditate deducitur, quae etiam omne creditum solet praecedere cum bona solvendo non sunt."

[2]) L. 17. D. de rebus auct. jud. poss. (42, 5).

die beschränkte Fassung des art. Stat. urgirt, und demgemäß die niedergerichtliche Findung reformirt hatte. [1]) — Das statutarische, im Römischen Recht nicht begründete Vorrecht der Kosten der letzten Krankheit stammt aus dem gemeinrechtlichen Gerichtsgebrauch, und die Seltsamkeit, daß der ärztliche Beistand nur dann privilegirt ist, wenn er zum Tode führte (nicht auch in dem Fallissement eines lebenden Patienten), erklärt sich historisch daraus, daß diese Kosten als Einleitung zu den Leichenkosten angesehen wurden. [2])

2. Der Fiscus wegen der aus dem laufenden und dem letzten Jahre rückständigen Abgaben (Neue Falliten-Ordnung art. 22. No. 4), zufolge des römischen Grundsatzes: "utilitas publica praeferenda est privatorum contractibus." [3]) In früherer Zeit scheint dies Vorrecht auf onera publica realia beschränkt, und zugleich auf die Schuld Derjenigen, welche Stadtgelder unter ihrer Administration haben, extendirt gewesen zu seyn; [4]) die Falliten-Ordnung erstreckt dasselbe auf alle onera publica als Schoß, Feuercassengeld und andere Contributionen.

3. Gesindelohn und Arbeitslohn der in des Schuldners Dienst stehenden Personen. Hinsichtlich dieses, aus dem alten Testament in den Sachsenspiegel (I, 22. 24) aufgenommenen Vorrechtes enthalten unsere älteren Rechtsquellen [5]) nur die Befugniß der Dienstboten, den rückständigen Lohn eidlich zu erhärten. Gleichwohl beruft sich der art. 5. tit. 5. P. II.

---

[1]) Langenbeck zu art. 2. tit. 5. P. II. Stat.

[2]) Schweppe System des Concurses § 68.

[3]) L. 3. C. de princip. (12, 63).

[4]) Langenbeck zu art. 1. tit. 5. P. II. Stat. Schon Krieger Introd. in prax. cap. 11. Sect. 7. § 6 führt jedoch allgemein den Fiscus ratione onerum civitatis in der ersten Klasse auf.

[5]) Stadtrecht von 1270 VIII, 2. par. Vergl. art. 14. tit. 34. P. I. Stat.

Stat. auf "uraltes Recht und Gewohnheit dieser Stadt" [1]) für den aus der Nürnberger Reformation aufgenommenen Satz, daß Haus-Dienste mit ihrem rückständigen Lohn allen anderen Creditoren vorgehen sollen. Die Neue Falliten-Ordnung hat zunächst für die in Kost und Lohn des Schuldners stehenden Dienstboten jede Beschränkung nach Summe oder Zeit ausdrücklich abgewiesen (art. 22. No. 4). Ferner war die Ausdehnung auf das Salair des Buchhalters nach einer Entscheidung von 1672 früher dadurch bedingt, daß derselbe zu den domesticis des Schuldners gehört haben müsse, [2]) diese Beschränkung ward durch einen Zusatz der bürgerlichen Prüfungs-Deputation aufgehoben (das. No. 5 verb. "es stehe derselbe in des debitoris Kost und Lohn oder nicht"), jedoch das Recht auf die letzten zwei Jahre beschränkt. Endlich hatte man noch im Jahr 1725 den Arbeitslohn der Packer und Everführer unter die Buchschulden locirt, [3]) wogegen sie nebst Küpern, Quartiersleuten und Karrenschiebern für das laufende und das letzte Jahr nach No. 6. ib. gleichfalls privilegirt werden.

4. Auslagen für Beköstigung des Schuldners. Dem alten Rechte des Kostwirthes, den Belauf seiner Forderung bis zur Gränze eines Jahres zu beschwören, [4]) hatte der art. 6. tit. 9. P. II. Stat. das singuläre Privilegium für ein Jahr Kost und Bier hinzugefügt, [5]) "so er dem Gaste nach Standes Gelegenheit zu seiner nothdürftigen Unterhaltung gereichet und vertrauet", und die Falliten-Ordnung hat es unter No. 7 dabei gelassen.

---

[1]) Der verdiente Lohn wird unter den privilegirten Forderungen in einem Locationsurtheil des Rathes von 1576 aufgeführt. Vegesack Commentar zu tit. 5. P. II. Stat. (ed. 1842. pag. 280.)

[2]) Meurer zu art. 5. tit. 5. P. II. Stat.

[3]) Anderson zu art. 5. tit. 5. P. II. Stat.

[4]) Stadtrecht von 1270 VI, 18 par. art. 15. tit. 34. P. I. Stat.

[5]) Vermuthlich aus den revidirten Lübischen Statuten art. 11. tit. 1. lib. 3.

5. Wenn ein Rheder den Schiffer und Schiffsvolk für Türken-Gefahr versichern lassen, und er selbst (oder seine Curatoren das Geld erhoben hätten, so soll es zur Lösung der Sklaven oder zur Erstattung des schon bezahlten Lösegeldes aus der Masse entrichtet werden (No. 9 ibid.).

6. Frachtgelder. Nachdem ältere Gesetze [1]) ein Retentionsrecht, die Verordnung vom 5. December 1766 für den Fall, daß die Waare bei sich ereignendem Fallissement noch im Gewahrsam des Falliten befunden wird, eine specielle Hypothek daran für die Fracht statuirt hatte, wies die Verordnung vom 24. April 1772 der Frachtforderung einen Platz unter den privilegirten Schulden an, unter der Bedingung, daß das Fallissement binnen drei Monaten nach Ablieferung der Waare sich ereignet, oder innerhalb dieser Zeit zur Bezahlung der Fracht citirt worden ist.

7. Die nämliche Verordnung locirt die Havarie grosse unter die privilegirten Schulden.

8. Zuletzt ist der Schornsteinfeger-Lohn für zwei Jahre durch Rath- und Bürgerschluß vom 14. December 1775 privilegirt.

Der Vorrang dieser Forderungen vor allen übrigen (Neue Falliten-Ordnung art. 60. § 1) läßt das Verhältniß derselben unter einander noch unentschieden, was alsdann zur Frage kommt, wenn die Activmasse nicht einmal zur Berichtigung aller privilegirten Schulden hinreicht. Die Falliten-Ordnung berührt diesen Fall nicht, sie weis't die Curatoren nur an, sobald sie etwas Geld vorräthig haben, die privilegirten Schulden davon abzutragen (art. 17. lit. f.), und will die letzteren auf keinen Accord oder gerichtlichen Ausspruch verwiesen, sondern etwa entstehende Streitigkeiten über sie durch außergerichtliche Cognition erledigt wissen (art. 22. § 1. 2). Nach der Praxis aber, wie nach gemeinem Recht, rangiren jene Forderungen gleich, und erleiden nöthigenfalls

---

[1]) Stadtrecht von 1497 P, 27. art. 2. tit. 15. P. II. Stat. Vergl. L. 6. § 1. D. qui potiores in pign. (20, 4).

einen pro rata Abzug; [1]) die Garantie für diese Ansprüche geht also so weit, als es bei ihrer Gleichstellung durch Anwendung des allgemeinsten Grundsatzes auf sie insbesondere möglich ist.

Abgesehen von der bloßen Humanität, welche sich in der für unsere Zeit antiquirten No. 5 als favor libertatis kund geben wollte, unterscheiden wir in dem obigen Register drei verschiedene legislative Bestimmungsgründe. Zunächst ist es ein öffentliches Interesse, näher die Forderung der Gesundheits- und Sicherheits-Polizei, welche die unvermeidlichen Kosten für Beerdigung des verstorbenen Schuldners und für Schutz gegen vermeidliche Feuersbrünste als absolut exigible erklärt hat. Zweitens wird in dem Privilegium für Gesinde- und Arbeitslohn der Gedanke anerkannt, daß es der Natur eines Verhältnisses persönlicher Abhängigkeit widerspreche, wenn dasselbe wegen jedes, vielleicht vorübergehenden, Verzuges in der Entrichtung fällig gewordenen Lohnes für die Zukunft aufgehoben werden müßte, da seine Fortdauer mit unnachsichtiger Beitreibung jedes kaum entstandenen Rückstandes sich nicht wohl verträgt. Der dritte Gesichtspunkt ist der des sogenannten Creditums zum Nutzen: der nothdürftige Unterhalt des Kostgängers durch den Wirth ist für Jenen unentbehrlich, um für seine Gläubiger erwerben zu können; das Frachtgeld haftet auf der Waare, wie die Havarie grosse, als Bedingung ihrer Ankunft, und verringert den Belauf, um welchen durch sie die Vermögensmasse des Schuldners zum Besten aller Creditoren verbessert wurde. — Läßt sich demnach die innere Berechtigung solcher Motive nicht verkennen, so ist dagegen ihre nähere Anwendung von den wechselnden Zeit- und Verkehrsverhältnissen als dem Stoffe für die Gesetzgebung abhängig. Das Bedenken aber, welches die Gerechtigkeit im Namen aller Mitgläubiger dawider erheben muß, fordert unbedingt, daß die dergestalt

[1]) Dafür ist auch Hasche Erläuterung Th. 2. S. 138. Pöhls Handelsrecht § 191 a. E.

absorbirte Summe von möglichst geringem Belaufe sey, und in ihrer Ausdehnung nicht der Möglichkeit jeder Veranschlagung sich entziehe, weshalb z. B. die unbegränzte Privilegirung des Dienstlohns in unserer Falliten-Ordnung sich schwerlich vertheidigen läßt.

Am wenigsten kann das Vorrecht des fiscus wegen seiner Abgabenforderung im Concurse gerechtfertigt werden. Die abstracte Wichtigkeit des öffentlichen Wohles im Vergleich zu Privatrechten entscheidet hier gar nicht, denn Niemand wird behaupten, daß der Staat nicht ohne dasjenige bestehen könne, oder eine für ihn erhebliche Einbuße durch Verzicht auf das erleiden würde, was derselbe durch seinen Vorzug aus Fallitmassen zu lucriren weiß. Der Staat als Vertreter und Schützer des Rechts sollte am wenigsten ignoriren, daß ein ihm contribuables wirkliches Vermögen erst nach Abtrag aller Schulden anfangen kann, daß mithin an einer insolventen Masse gar kein steuerbares Object gegeben ist. In der That wird nicht das Vermögen oder der Erwerb des Schuldners, sondern es werden die Forderungen seiner Gläubiger besteuert, wenn der fiscus mit ihnen im Fallissemente zu concurriren sich herbeidrängt; sein Privilegium vollends konnte nur von der Naivität despotischer Habgier geschaffen werden. [1])

---

[1]) Eine wesentlich andere Frage ist es, ob der fiscus wegen rückständiger Abgaben den Banquerot des Steuerpflichtigen erzwingen dürfe? Als die Zoll- und Accisedeputation zwei Schenkwirthe auf den Betrag der Consumtions-Accise unpfandbar befunden hatte, beantragte sie gegen dieselben den Universalarrest. Der Prätor erkannte am 21. Januar 1840: "daß citantische Behörde mit ihrem nach Maaßgabe § 93 (früher 85) der Consumtions-Accise-Verordnung unstatthaft erscheinenden Antrage abzuweisen sey." In der einen dieser Sachen wurde Restitution gesucht, in der anderen an das Obergericht supplicirt. In jener ward am 5. Juni 1840 erkannt in Restitutorio: "Da der Umstand, daß die Execution nicht einer Geldstrafe, sondern einer Abgabe wegen verfügt worden ist, zwar die Beziehung auf den § 93 der Consumtions-Accise-Verordnung als ungenau erscheinen läßt, übrigens aber in

B. Während die privilegirten Gläubiger sich an dasselbe Object wie die nicht bevorzugten, nämlich das gesammte schuldnerische Vermögen halten und nur vor jenen dabei die Priorität behaupten, tritt in einzelnen Fällen mittelst Trennung

---

der rechtlichen Beurtheilung der Sache nichts ändert, indem der Universalarrest keinen anderen Zweck haben kann als eine demnächstige Eröffnung des Concurses, nun aber, constanter Observanz zufolge, hieselbst weder auf den Grund verwirkter Geldstrafen noch auf den Grund rückständiger Abgaben zu der Einleituug eines Concurses geschritten wird, wie denn auch alle in dieser Beziehung genauer abgefaßten hiesigen Gesetze aus älterer oder neuerer Zeit, z. B. die Weinaccise-Ordnung von 1706 art. 12 (Sammlung der Gesetze II. S. 505) das Contributions-Reglement von 1766 art. 12—14 (Sammlung der Mandate VI. S. 122), die Verordnung wegen der Entfestigungssteuer vom 22. December 1819 art. 8, diejenigen wegen der Erwerbs-Einkommen- und Luxussteuer vom 10. August 1831, 17. October 1832 und 11. December 1835 § 7, die Vormundschafts-Ordnung art. 103, abgesehen von einer sonstigen Bestrafung des Säumigen oder Contravenienten und abgesehen von dem Falle, wo ein specieller Gegenstand für die Strafe oder die Abgabe haftet, die Pfändung als das Aeußerste bezeichnen, was Behufs der Beitreibung geschehen soll, und wie die klagende Behörde auch in Beziehung auf die hier in Rede stehende Schenkabgabe früherhin sowohl in dem Verfahren gegen die Restanten, als in einem von Lohmann (Hamb. Rath- und Bürgerschlüsse III. S. 47—49) ausgezogenen Bericht von derselben Ansicht ausgegangen zu seyn scheint: — daß es bei dem Concluso contra quod vom 21. Januar d. J., abgesehen von der Bezugnahme auf den § 93 der Consumtions-Accise-Verordnung, so viel die Sache selbst betrifft, zu belassen." — Dagegen decretirte das Obergericht am 22. Mai 1840: "da auch abgesehen davon, daß in dem vorliegenden Falle es sich um Beitreibung einer Abgabe und nicht einer Geldstrafe handelt, der § 93 der Consumtions-Accise-Verordnung die Zoll- und Accise-Deputation gewiß nicht in den Mitteln, sich von der Zahlungsunfähigkeit des Supplicaten zu vergewissern, beschränken soll, da diese Zahlungsunfähigkeit aber noch keineswegs durch den Umstand, daß der Supplicat unpfandbar befunden, festgestellt wird: — daß das Conclusum Domini Praetoris a quo vom 21. Januar d. J. wieder aufzuheben, der gebetene Universal-Arrest zu erlauben, und die Sache zum weiteren Verfahren zu remittiren."

einer Specialmasse aus dem allgemeinen Vermögen ein ähnliches Verhältniß zu Gunsten der auf diese Specialmasse besonders angewiesenen Gläubiger ein. Die Separatisten, welche diese gesetzliche Befugniß benutzen, gehen den gewöhnlichen Gläubigern vor wie die mit einem allgemeinen Privilegium versehenen, und überlassen jenen den etwaigen Rest der Specialmasse, wogegen unter ihnen bei Insufficienz der separirten Vermögenstheile ein Particularconcurs eintritt; sie unterscheiden sich aber von den demnächst unter C zu erwähnenden Vorzugsrechten durch die Natur des ihnen zur Befriedigung angewiesenen Gegenstandes, als einer Vermögensmasse, die mit den sonstigen Gütern des Schuldners entweder noch nicht vereinigt war, oder für den Zweck der Berichtigung der auf ihr haftenden passiva ausgeschieden wird. Da indessen jedes Vermögen regelmäßig, ohne Unterscheidung der factischen Beschaffenheit und Verbindung der in ihm vorhandenen Bestandtheile, als eine juristische Einheit behandelt wird, so können die zulässigen Fälle einer solchen Separation nur auf positiver Anordnung beruhen.

1. Der im tit. D. de Separationibus behandelte Hauptfall wird in unserer Neuen Falliten-Ordnung art. 67. 68 erwähnt. Wie nach Römischem Recht sind die Gläubiger eines dem überschuldeten Erben zugefallenen Nachlasses befugt, die Separation der Erbschaftsgüter von dem Vermögen des Falliten zu verlangen, mit der Wirkung, daß jene so weit nöthig zu ihrer ausschließlichen Befriedigung verwandt werden. Daß nicht auch umgekehrt die persönlichen Gläubiger des Erben den letzteren an der Antretung einer verschuldeten Erbschaft hindern können, ist ausgemacht.[1] Die Controverse, ob die Separatisten mit dem etwaigen Reste ihrer Forderungen sich nachträglich gegen den Erben oder dessen Fallitmasse wenden können, welche das Römische Recht zu verneinen scheint,[1] ist hier unberührt geblieben. Der gemeinrechtliche Termin von

---

[1]) L. 1. § 2. D. de separat. (42, 6).

[2]) Vergl. L. § 17. L. 3. § 2. L. 5. D. eod.

5 Jahren, in welchem das Separationsrecht geltend gemacht werden muß, wird auf zwei Jahre nach dem Tode des Erblassers oder der inzwischen erfolgten Vorladung des Erben reducirt, und die genaueren Bestimmungen über den sonstigen Verlust des Separationsrechts [1]) haben wohl durch den Ausdruck, wenn "der debitor die Schuld durch eine Novation zu seiner eigenen gemacht hat," bezeichnet werden sollen. — Zweifelhaft ist die Stellung der Legatare, welchen nach Römischem Recht [2]) die Befugniß der Separation gleichfalls gebühren würde. Die Falliten-Ordnung ertheilt ihnen statt dessen die von Justinian eingeführte [3]) gesetzliche Hypothek an den Nachlaßgütern, auf zwei Jahre und unter der Voraussetzung, daß der Legatar sein Legat nicht in eine Obligationsforderung (an den Erben) verwandeln lasse. Wenn das Gesetz diese Hypothek eine "vorzügliche" nennt, [4]) so erkennt man, daß es nicht die Meinung der Falliten-Ordnung gewesen ist, den Vermächtnißnehmern einen gemeinrechtlichen Vortheil stillschweigend zu entziehen.

2. Nach Römischem Recht können, wenn Jemand durch einen Sklaven mehrere getrennte Handlungs-Etablissements betreiben läßt, die Gläubiger des einen Geschäfts die Separation von denen des anderen verlangen. [5]) Einer analogen Anwendung dieser Vorschrift auf unsere Kaufleute steht zwar der wesentliche Unterschied entgegen, daß der Sklave niemals Subject von Rechten und Verbindlichkeiten seyn konnte, während in der Persönlichkeit des Freien die verschiedensten Verbindlich-

[1]) Die L. § 10. 11. 15. D. eod. schließt die Gläubiger aus, welche von dem Erben Zinsen beigetrieben, ein Pfand von ihm angenommen, eine Novation eingegangen, endlich "qui qualiter qualiter, eligendi tamen mente, heredis personam secuti sunt."

[2]) L. 6. pr. D. eod.

[3]) In L. 1. C. comm. de leg. (6, 43).

[4]) Hasche Erläuterung Th. 3. S. 178 definirt: "Das Vorzügliche dieser Hypothek besteht darin, daß dieselbe sich auf unbewegliche und bewegliche Güter erstreckt."

[5]) L. 5. § 15. 16. D. de trib. act. (14, 4).

keiten ihren Einigungspunkt finden und sein Vermögen alle Theile als ein ideelles Ganze umfaßt. Dennoch hat der allgemeine Gerichtsgebrauch diesen Separationsfall bei dem Concurse des Vorstehers von mehreren Handlungsgeschäften angenommen; [1]) der Römische Grund "merci magis quam ipsi credidit" wird hier auf die Verhältnisse zu dem Inhaber verschiedener Firmen angewandt. — Nicht diesen, aber einen ähnlichen Fall erwähnt unsere Neue Falliten-Ordnung art. 64 § 4: Die Privatgläubiger des Theilnehmers an einer falliten Firma sollen sich an deren Masse nicht halten können, sofern nicht ein solcher zu beweisen vermag, daß die Gelder unmittelbar der Compagnie zu gut gekommen; dafür bleiben aber die Privatgüter jenes Theilnehmers, z. B. Grundstücke und Meubeln, zur Sicherheit der persönlichen Creditoren, welche daran ein vorzügliches Recht vor den Gläubigern der Firma haben. Hier ist also eine wirkliche Separation vorgeschrieben, die nach dem Gesetze sowohl von den Privatgläubigern wie auch von denen der Firma geltend gemacht werden kann, jedoch in der Praxis keine Wurzel gefaßt hat. [2])

Die Zulassung dieser beiden Separationsfälle scheint keinem legislativen Bedenken zu unterliegen. In dem ersten derselben steht dem Interesse der Erbschaftsgläubiger, aus dem Vermögen des Erblassers nach dessen Tode ihre Befriedigung zu suchen, wie sie es vorher gekonnt hätten, kein begründetes Recht der Gläubiger des Erben auf Concurrenz entgegen, denn dieses Recht braucht sich nur auf die Erweiterung des Vermögens des Erben durch den ihm zugefallenen Nachlaß deducto aere alieno zu erstrecken. Prägravirt würden die Gläubiger des Erben nur dadurch werden, wenn man den Creditoren des Erblassers verstattet, mit ihnen für den aus dem Nachlaß nicht gedeckten Theil ihrer Forderungen zu theilen, denn alsdann würde die Separation immer ver-

---

[1]) Dabelow Concurs ed. I § 370. Schweppe Römisches Privatrecht § 409. b. System des Concurses § 148.

[2]) Vergl. Hasche Erläuterung Th. 3 S. 161.

langt werden, weil sie nur einen möglichen Vortheil ohne Risico darböte, und es wäre dann consequenter, dieselbe ipso jure eintreten zu lassen. Allein das Römische Recht hat nicht so disponirt, und wenn seine Entscheidung auffallend scheint, so würde dann doch das Irrationale nur in der Willkür des Erben zu suchen seyn, kraft welcher er durch Versäumung des benef. inventarii sich zum Schaden seiner eigenen Gläubiger insolvent machen, oder bei schon vorhandener Insufficienz seine Passivmasse durch das nomen heredis verdoppeln kann. — Was aber die Separation der Activa und Passiva aus verschiedenen Handlungsfirmen betrifft, so dürfte dieselbe der Natur des Credites entsprechen; denn Capital wie Geschäftsthätigkeit mit ihren Erfolgen sind hier auf reale Weise für jedes Etablissement abgesondert vorhanden, und die Persönlichkeit des Schuldners, als der dritte Factor, ist, als Träger jener beiden, solidarisch in jeder Branche repräsentirt. Die Fiction mehrerer getrennten Vermögen ist daher eine gesunde, und gerechter als deren Confusion seyn würde. — Ueberdies kann in beiden Separationsfällen bei ihrer abstracten Betrachtung nicht einmal von unbedingten Vorzugsrechten geredet werden, weil es in jedem besonderen Fall von den factischen Umständen abhängt, ob die durchgeführte Trennung zum Vortheil, oder aber zum Nachtheil der Separatisten ausschlägt.

## § 6.

### Fortsetzung.

C. Der hier versuchte Ueberblick steht jetzt vor der Frage nach dem Vorrecht einzelner Ansprüche im Concurse mittelst Verweisung auf bestimmte, zu der Activmasse gehörige Gegenstände (vergl. oben S. 321). Nach der zuletzt beschafften Abscheidung der (absolut) privilegirten Gläubiger und der Separatisten erweitert sich diese Frage auf der ande-

ren Seite in doppelter Richtung: theils durch die Unbestimmtheit des Gegensatzes von Einzeldingen zu einem Vermögen oder einer Specialmasse, und außerdem dadurch, daß hier auch die zur Activmasse gehörenden, aber bei Ausbruch des Concurses factisch davon getrennten Theile in Betracht zu ziehen sind.

Die privilegirten Forderungen treten als solche erst mit dem Concurse hervor, außerhalb desselben sind sie von jedem anderen Anspruche an das Vermögen des Schuldners in nichts verschieden; auch für die Erbschafts- oder Handlungsgläubiger entsteht wenigstens ein practisches Interesse für die Separation von den übrigen erst mit der drohenden Insolvenz des Erben oder des Theilhabers der Firma. Während aber der Concurs dergestalt in seiner Sphäre neue Rechte (den Vorrang vor allen anderen Gläubigern) schafft oder hervortreten läßt, kann er in anderer Beziehung die schon vor ihm und unabhängig von ihm entstandenen nur zu constatiren und zu respectiren haben. Unter dieser Voraussetzung würde der Concurs in tantum als irrelevant gesetzt; sein Erbieten, jede Forderung aus der Generalmasse pro rata des Werthes so weit möglich zu berücksichtigen, könnte als ungenügend abgelehnt, und brauchte nicht erst dadurch erkauft zu werden, daß der besondere Gegenstand, auf welchem ein Anspruch haftet, mit der Activmasse verschmolzen und dadurch Gemeingut aller Interessenten derselben wird. Das einer Forderung ertheilte Privilegium führt nicht weiter als etwa zu dem ersten Anrecht an den Werth dieser allgemeinen Masse, welche aber durch Liquidirung der dahin zu rechnenden Objecte erst constituirt werden muß; so weit aber ein einzelnes Object diesem Auflösungsproceß ganz entzogen bleiben soll, muß es für Denjenigen, zu dessen Gunsten diese Ausnahme Statt findet, unschädlich seyn, daß der Gegenstand sich im Besitze eines Verschuldeten befand, oder die Bestimmung hatte, dahin zu gelangen.

Diesen Charakter, aus der Feuerprobe des Concurses unversehrt hervorzugehen, kann der Anspruch Desjenigen, der

sonst zu den Concursgläubigern der letzten Klasse zählen würde, auf zwiefachem Wege erlangen: durch die Dinglichkeit seines Rechts, und durch die Sanctionirung eines ihm vortheilhaften factischen Zustandes.

Das Wesen des dinglichen Rechts besteht theils in dessen besonderem Inhalt, welcher es nach Art und Umfang der Beziehung zu seinem Objecte als Eigenthum, Servitut u. s. w. qualificirt, theils in der von dieser Differenz unabhängigen Rechtsverfolgung, welche entweder gar keinen oder doch geringeren Beschränkungen, wie die Verfolgung des persönlichen jus ad rem (aus Kauf, Schenkung ꝛc.) unterworfen ist. Wo jenem Rechte vollständiger Schutz zu Theil wird, da muß derselbe sich in Anerkennung der drei Sätze realisiren, daß

a) das Recht, als dingliches, gegen Jeden geltend gemacht werden kann, der dessen Ausübung gegen den Willen des Berechtigten zu stören unternimmt;

b) daß das gesetzmäßig entstehende dingliche Recht an einer Sache alle vorher entstandenen, mit seinem Inhalt unvereinbaren, nur persönlichen Ansprüche an denselben Gegenstand absorbirt;

c) daß ein einmal bestehendes dingliches Recht durch nachher, wenn auch übrigens gesetzmäßig, erworbene dingliche Rechte an dem nämlichen Gegenstande nicht afficirt werden kann.

Hiergegen kann das blos persönliche Recht nur gegen den ursprünglich Verpflichteten und dessen Rechtsnachfolger geltend gemacht werden;[1]) es läßt alle vor ihm entstandenen

[1]) Bei Anführung dieses Fundamentalsatzes darf Niemand unterlassen, verwahrend zu bemerken, daß er von den actiones in rem scriptae, namentlich der actio quod metus causa allerdings gelesen, obgleich im Leben nichts gemerkt habe. Aehnlich ist es mit dem Satze, daß die Erbschaftsklage gegen den Besitzer pro possessore auch wegen solcher Gegenstände angestellt werden kann, die nur wegen eines persönlichen Rechtes zur Erbmasse gehören. "Es hängt ja — sagt Thibaut — von der Willkür des Gesetzgebers ab, ob er wegen einer Sache eine Vindication gestatten will oder nicht." (Archiv für civil. Praxis Bd. 7. S. 228.)

Rechte, seyen sie dinglicher oder persönlicher Natur, an dem Vermögen des Verpflichteten unberührt, und muß sich den Einfluß aller später entstehenden auf die Möglichkeit seiner vollständigen Befriedigung gefallen lassen. Diese Facultät des Schuldners, seine früheren Gläubiger durch den Hinzutritt von neuen beliebig zu gefährden, [1]) erzeugt eben den Concurs und die Nothwendigkeit einer gegenseitigen Beschränkung aller nur auf sein Vermögen überhaupt angewiesenen Ansprüche. Umgekehrt muß das dingliche Recht, wenn der ihm zugesicherte energische Schutz consequent durchgeführt werden soll, seine Kraft auch im Concurse dadurch bewähren, daß es ihn ungeschmälert überdauert, und von dem dort normirenden, nivellirenden Grundprincip überall nicht ergriffen wird. — Von den beiden oben (S. 321) ermittelten nothwendigen Requisiten für jede solche exceptionelle Stellung geht das eine, nämlich die Rechtfertigung durch überwiegende legislative Gründe, hier in der allgemeinen Frage auf: ob und wie weit ein positives Rechtssystem überall gewissen Rechten die Qualität von dinglichen beilegen, d. h. ihnen in den vorhin angegebenen drei Beziehungen, oder in einzelnen davon, unbeschränkten Schutz gewähren will? Was aber das andere dieser Requisite, die Gewährleistung der practischen Durchführbarkeit, betrifft, so ist dasselbe identisch mit Erfüllung des zweiten und dritten der so eben unter a — c bezeichneten Postulate. Denn das unter a genannte findet hier keine Anwendung, weil dem Berechtigten durch den Concurs kein Dritter gegenübertritt, oder mit anderen Worten: von der Direction des Concurses, möge dieselbe durch das Gericht unmittelbar oder unter seiner Aufsicht von Curatoren geführt werden, sind keine neue und selbstständige Störungen in der Ausübung des dinglichen Rechts zu besorgen; sie wird den Anspruch des Berechtigten anerkennen und ihm Folge geben müssen, sobald sie ihn in seiner Intensität (als einen ding-

---

[1]) "Nam licet alicui, adjiciendo sibi creditorem, creditoris sui facere deteriorem conditionem." L. 1. § 2. D. de separat. (42, 6).

lichen) constatirt hat. In diesem Falle ist begriffsmäßig schon von vorn herein dafür gesorgt, daß eine Collision, wie bei den jura *ad* (eandem) *rem*, durch welche der Concurs sich selbst zerstörte, nicht vorkommen kann: der Satz, daß ein Eigenthum Mehrerer in solidum an derselben Sache undenkbar sey, ist nur ein anderer und speciellerer Ausdruck für den Inhalt der beiden Sätze b und c, wonach das dingliche Recht nur neben sich solche Rechte duldet, durch welche es in seiner Verfolgung weder beschränkt, noch aufgehoben wird.

Die a priori aufgestellten Merkmale für den durchgreifenden Schutz dinglicher Rechte finden wir im Gebiete des Römischen Rechts sämmtlich wieder; die wesentliche Trübung des Begriffs durch die Geschichte des Pfandrechts gehört erst seiner späteren Periode an. Bei der Modification des deutschen, namentlich derjenigen des topischen Rechts, wonach Eigenthum und Pfandrecht an fahrender Habe, abgesehen von Diebstahl und Raub, nicht gegen den Dritten, der sie mit Titel und gutem Glauben erwarb, zu verfolgen sind, verweilen wir hier nicht, so weit sie auf das Concursrecht ohne Einfluß geblieben ist. Eine Ausnahme von der Absorbirung aller vorherigen persönlichen Rechte durch das neu entstehende dingliche findet zu Gunsten der Miethcontracte an Immobilien Statt, welche dadurch in diesem Punkte den Schutz finden, der sonst nur dem dinglichen Rechte gebührt; dagegen ist grade die Regel, von welcher dieser Satz eine scheinbare Einschränkung bildet, in deutlichen Stellen sowohl des Römischen als unseres topischen Rechts ausgesprochen, [1]) und in letzterem wurde sie namentlich auch durch das im Jahre 1802 aufgehobene Institut der Impugnationen respectirt, deren legale Benutzung insbesondere in der Geltendmachung von persönlichen Rechten an dem Gegenstande bestand, an welchem ein neues Eigenthum durch Umschreibung entstehen sollte.

---

[1]) L. 6. C de hered. vel act. vend. (4, 39). L. 15. C. de rei vind. (3, 52). art. 18. tit. 8. P. II. Stat. Hierauf erstreckt sich auch die Unumstößlichkeit der Uebertragung durch das Stadterbebuch.

Zu dem letzten, unter c erwähnten Axiom möge hier eine kurze Notiz eingeschaltet werden. Das dingliche Recht, welches die ihm hinderlichen persönlichen Rechte beseitigt, soll sich während seines Bestehens auch gegen jede Beschränkung durch das Entstehen anderer Rechte von an sich gleicher Kraft und Wirksamkeit behaupten. Daß dieser mit dem Ausdruck prior tempore potior jure bezeichnete Grundsatz den Schutz des dinglichen Rechtes erst zu einem vollständigen erheben könne, leuchtet ein; nur das kann man fragen, ob er in solcher Allgemeinheit von unserem positiven Rechtssystem im ganzen Gebiete der dinglichen Rechte durchgeführt ist? Allerdings wird er im Verhältniß von mehreren Pfandrechten zu einander als sich von selbst verstehend,[1]) und in mehreren anderen Beziehungen als entscheidend ausgesprochen.[2]) Es fehlt jedoch an Aussprüchen darüber, ob der ältere Pfandgläubiger die später bestellten Servituten gegen sich gelten lassen müsse, oder berechtigt sey, das Pfand frei von denselben zum Verkauf zu bringen? Diese, von Schriftstellern selten beantwortete[3]) Frage

---

1) L. 2. 4. 8 C. qui potiores in pign. (8, 18).

2) Das Oberappellations-Gericht zu Lübeck beruft sich wegen Collision von Realservituten auf L. 14 D. de serv. praed. rust. (8, 3), zwischen ususfructus und Realservitut auf L. 15 § 7 D. de usufr. (7, 1), zwischen ususfr. und Pfandrecht auf L. 2 C. de usufr. (3, 33).

3) Hommel Rhapsod. V, 654 vertheidigt im Allgemeinen den Satz: "omnes servitutes fortius rei inhaerent quam hypothecae." Runde von der Leibzucht S. 450 lehrt, daß diejenigen Pfandgläubiger, deren Recht aus der Zeit vor Constituirung des Altentheils datirt, den Hof ohne die Leibzucht, ungeachtet ihrer Qualität als Reallast, verkaufen können, wenn durch dieselbe der Werth bis unter den Betrag der Hypotheken vermindert wurde. — Sintenis Handbuch des Pfandrechts S. 544. 545 kommt zu dem Resultat: daß der Pfandeigenthümer zwar an dem Pfande eine Dienstbarkeit bestellen könne, der Pfandgläubiger aber dieselbe nicht anzuerkennen brauche, wenn er künftig zur Veräußerung des Pfandes schreitet. — Ausführlich ist die Frage in zwei Aufsätzen der Annalen des Advocaten-Vereins zu Hannover (Neue Folge Band 1. S. 65—76. 479—487) erörtert; in dem letzteren wird zu Gunsten der Servitut

kam in einem im Jahr 1845 verhandelten Rechtsfall zur Sprache, als die hypothekarischen Gläubiger eines Grundstücks die im Verkaufstermin gemachte Anzeige von einer dem Eigenthümer kurz zuvor dem Grundstück auferlegten Servitut anfochten und deren Cassirung forderten. Von der ersten Instanz abgewiesen, erlangten die Kläger in der zweiten ein vom Oberappellations-Gericht am 11. Juli 1850 bestätigtes Urtheil, durch welches in diesem Punkte die Consequenz aus allgemeinen Principien anerkannt oder hergestellt wurde. [1])

Das Uebergreifen des dinglichen Rechts über die par conditio creditorum bildete einen Grundzug des Römischen Concurses. Für das Eigenthum und die Hypothek fehlt es desfalls nicht an ausdrücklichen Zeugnissen. [2]) Die Römischen Concursgläubiger zerfallen demnach in nur zwei Klassen: die mit einem privilegium exigendi versehenen, und die einfachen chirographarischen. Wie in Deutschland überhaupt, so ist auch in Hamburg die Abweichung von jenem Grundsatz keine

---

mehrfach das Argument wiederholt, daß ja der Eigenthümer an dem Pfande auch solche spätere Pfandrechte bestellen könne, welche als privilegirte den gesetzlichen Vorrang vor den früheren haben, wodurch freilich zu viel, nämlich jede Ungereimtheit bewiesen werden kann. Uebrigens bemerkt der erstere jener Aufsätze (S. 72 Note): "Sollte es zweifelhaft seyn, ob durch die auferlegte Servitut das Pfand den Werth der Schuld nicht mehr erreicht, so muß der Pfandgläubiger, weil er als procurator des Schuldners gilt, erst den Verkauf mit der Servitut, und, wenn dadurch kein hinreichender Preis erzielt wird, ohne dieselbe versuchen." Die practischen Schwierigkeiten dieser Procedur werden geltend gemacht in (Dr. Voigt) Aphorismen über das Hamburgische Hypothekenwesen (1839) S. 48 folg. — Der neueste Schriftsteller über obige Frage ist Trummer in den Vorträgen über Hamburgische Rechtsgeschichte Band 2. S. 69 folg.

[1]) S. Sammlung von Erkenntnissen des Oberappellations-Gerichts Bd. 2. S. 298—315.

[2]) L. 6. 10 pr. C. de bonis auct. jud. poss. (7 72) L. 1 C. de priv. fisci (7, 73). Heffter Instit. des Civilpr. S. 565. Bethmann-Hollweg Civilproceß S. 312. 344.

totale, sondern richtet sich nach den einzelnen dinglichen Rechten.

I. Das Uebergewicht des Eigenthums über den Besitz und jedes persönliche Recht bildet die Klasse der Vindicanten. Den Curatoren ist es zur Pflicht gemacht, ohne auf den Ausgang des Concurses zu warten, Denjenigen das Ihrige auszuliefern, welche ihre bei dem debitor befindlichen Güter jure dominii zu vindiciren berechtigt sind (Neue Falliten-Ordnung art. 23 § 1). Alles, was sich von fremdem Gute, es sey, aus welcher Ursache es wolle, in des debitoris Gewahrsam befindet, ist dem reclamirenden Eigenthümer einzuliefern (art. 34 § 1). Nur dann, wenn Jemand, der sein Eigenthum reclamirt, einen (nicht in natura vorhandenen) Theil davon verlieren muß, wird er mit seinem Anspruch ratione residui an die Masse gewiesen (art. 60 § 2). — Einzelne Anwendungen von diesem Princip sind folgende:

1. Das eigene Vermögen der im Mundium des Falliten stehenden Familienglieder wird von der Concursmasse ausgeschieden. Die Kinder haben an allen ihnen eigenthümlich gehörigen Gütern das Vindicationsrecht. Dahin gehört, theils, was sie selbst für sich erwerben oder geschenkt bekommen, wie Kleider, Spartopf und ein durch Einsatz aus letzterem erzielter Lotteriegewinn, wenn solche Güter in natura vorhanden sind, theils auch die ihnen angestorbenen Erbschaften, falls der fallit gewordene Vater dieselben nicht zu sich genommen und in sein Vermögen verwandt hat (art. 32. 29. § 3). — Mit Unrecht stellt unter denselben Gesichtspunkt die Neue Falliten-Ordnung (art. 30) auch das Recht der Ehefrau und der sie überlebenden Kinder, ihr eingebrachtes Vermögen unter der zwiefachen Bedingung herauszuziehen, daß der Mann bei Eingehung der Ehe bereits verschuldet war, und das Fallissement sich vor Ablauf von fünf Jahren ereignet.

2. Die Restituirung von Gegenständen, deren Besitz der Fallit kraft eines keinen Eigenthumsübergang bewirkenden Vertrages erlangt hatte. Wenn hier nicht das Recht des

Tradenten den vollständigsten und überwiegenden Schutz genösse, so müßten die von ihm deponirten, vermietheten, geliehenen oder versetzten Gegenstände gleich allen übrigen in der Masse vorgefundenen versilbert, und er mit seiner Interesseforderung unter die Creditorschaft aufgenommen werden. Statt dessen verordnet schon art. 16. tit. 5. P. II. Stat., daß das deponirte Gut, wenn es noch vorhanden, dem Deponenten oder seinen Erben vor allen anderen Creditoren ausgefertigt werden soll. Nach der Falliten-Ordnung (art. 23. § 3) gehört zu Demjenigen, was jure dominii ausgeliefert werden muß, insonderheit Alles, was dem debitor zu treuer Hand gegeben und bei ihm zur Verwahrung deponirt ist, auch Alles, was demselben zum ziemlichen Gebrauch geliehen worden. Eben so sind bei dem Schuldner versetzte Pfänder dem Versetzer gegen Bezahlung des darauf vorgeschossenen Geldes mit den Zinsen auszuliefern; werden sie ungeachtet der Vorladung vor den Prätor nicht eingelös't, so erlaubt dieser den Verkauf, und fällt die hyperocha gleichfalls nicht in die Masse, sondern soll dem Verpfänder ausgekehrt werden (art. 33). Deutlich zeigen alle diese Vorschriften, daß die Creditorschaft nicht als ein dritter Besitzer vorgestellt werden darf, gegen welchen eine Vindication von Mobilien, die der Eigenthümer aus der Were gelassen, unstatthaft wäre; vielmehr ist unstreitig die Eigenthumsklage gegen sie auch in soweit zulässig, als sie gegen den Schuldner das einzige Rechtsmittel seyn würde, d. h. wenn er selbst die Gegenstände mala fide erworben hat oder wenn sie dem Eigenthümer gestohlen waren. Undenkbar wäre es zwar nicht, daß ein positives Recht aus ähnlichen Gründen als diejenigen, welche den Rechtssatz, „Hand muß Hand wahren," conservirt haben, auch dem Commodanten u. s. w. einen weniger vollständigen Schutz im Concurse gewährte, und ihn an dem Schicksal der übrigen Gläubiger eben so Theil nehmen ließe, wie dieses sein Loos ist, wenn der Commodatar die Sache in dritte Hände gebracht hat. Allein das deutsche und unser topisches Recht haben diesen Schritt nicht gethan; nimmt

man hierzu, daß von dem Vindicanten in diesen Fällen nicht die Legitimation als wirklichen Eigenthümers erwartet, sondern allgemein der Beweis des fraglichen persönlichen Verhältnisses (welches er auch als non dominus eingehen konnte) für genügend gehalten wird, so scheint außer der bloßen Möglichkeit des dinglichen Rechts hier noch ein anderes Moment zu influiren. Wir finden das letztere in dem Charakter der erwähnten Verträge, welche nicht sowohl dem technisch-geschäftlichen, als vielmehr dem allgemein menschlichen Verkehr angehören. [1])

3. Der Verkauf überträgt mit der Tradition nach Römischem Rechte [2]) das Eigenthum dann, wenn der Kauf-

---

[1]) Das Depositum beruhet nur auf persönlichem Vertrauen in den Depositar, und afficirt sein Vermögen überhaupt nicht, so lange er die deponirte Sache nicht veräußert oder sich ihrer Rückgabe entzieht. Nach Ausscheidung aus der Concursmasse, welche eben so wenig Recht an dem deponirten Gut prätendiren kann, als dem Schuldner ein solches zustand, wäre die Sache eigentlich nicht dem Deponenten, sondern dem Depositar wieder zuzustellen, da er durch seine Vermögensabtretung an Fortsetzung der übernommenen Verwahrung nicht gehindert wird. — Eben so beruhet das Commodatum auf freier persönlicher Zuneigung, deren Fortdauer von dem Concurse unabhängig ist. Deshalb kann auch nicht etwa die geliehene Sache für Rechnung der Gläubiger vermiethet, und dadurch der Nutzungswerth für den Schuldner auf seinen Geldwerth reducirt werden. Denn dem Schuldner sollte nach dem Willen des Commodanten jener Werth im freien Austausche von Gefälligkeiten verschafft werden, ohne Rücksicht darauf, daß der Darleiher statt dessen die Sache hätte ausmiethen können, oder ob der Schuldner durch Einräumung unentgeldlicher Benutzung eine anderweite Anschaffung erspart. — Das Interesse der Gesellschaft fordert, daß im täglichen Leben Jeder deponiren, leihen, sogar vermiethen und versetzen könne, ohne dabei ein weiteres Risico als das der persönlichen Ehrlichkeit seines Contrahenten gegen ihn zu übernehmen, also mit der Gewißheit, sein Gut unbedingt reclamiren zu dürfen, wenn Jener dasselbe nur nicht in dritte Hände gebracht hat.

[2]) § 41. J. de rerum div. (2, 1). L. 19. D. de contrah. emt. (18, 1). L. 11. § 2. D. de act. emti (19, 1).

preis entweder sofort bezahlt oder creditirt wurde. Letzteres ist namentlich als geschehen anzunehmen, wenn eine Waare am Platze ohne besondere Verabredung über die Zahlungszeit verkauft wird, mag auch eine bestimmte Zahlungsfrist usanzmäßig dabei feststehen. [1]) Im Widerspruch mit diesem allgemeinen Satze giebt die Praxis dem Verkäufer das Recht, das verkaufte Object aus der Concursmasse des Käufers zu vindiciren, wenn dieser betrügerisch gehandelt, namentlich durch Verheimlichung seiner bevorstehenden Insolvenz den Credit erlangt hatte. [2]) Aus einer nicht bekannten Quelle hatte auch unser Stadtrecht (art. 3. tit. 5. P. II) dieses Vindicationsrecht aufgenommen, wenn "Jemand unwissendlich einem, so in Schulden vertiefet, und alsobald, nach ein Tag drei oder vier, auszutreten und zu bankerottiren Vorhabens ist, und also gefährlicher Weise handelt, auf guten Glauben Waare verkauft und überliefert." Die Commentarien zu dieser Stelle lehren, daß die Zeit von vier Tagen bei Käufen auf Credit als Gränztermin verstanden, dagegen bei Contant-Verkäufen die Vindication noch nach mehreren Wochen zugelassen wurde, womit die Correctionen übereinstimmen. [3]) Diese Correctionen berücksichtigen auch die Schwierigkeit des Beweises in Betreff der betrügerischen Absicht des Käufers; sie proponiren deshalb: "im Fall den folgenden Tag nach geschehener Lieferung der Debitor austreten würde, so sind die anderen Creditoren schuldig zu beweisen, daß der Schuldner zu der Zeit den Vorsatz noch nicht gehabt; da aber mehr Tage dazwischen laufen, muß der Creditor und Verkäufer solchen bösen Vorsatz durch Zeugen oder andere rechtmäßige Vermuthungen probiren." — Diese und sonstige Schwierigkeiten sind von der Neuen Falliten-Ordnung abgeschnitten,

---

[1]) Heise und Cropp Jur. Abh. Bd. I. No. 21.

[2]) Dabelow Lehre vom Concurs § 20. 21. Schweppe System des Concurses § 44.

[3]) Bürgermeister Möller, Langenbeck und Syndicus Möller zu art. 3. cit.

deren durchgreifender art. 24 die statutarische Bestimmung extendiren und erläutern wollte: der Termin wird auf vierzehn Tage vor dem kund gewordenen Fallissement erstreckt; es soll nicht mehr darauf gesehen werden, ob der Fallit zur Zeit des Einkaufs schon auszutreten Willens gewesen oder erst in den vierzehn Tagen zu brechen genöthigt worden; endlich wird auch die Unterscheidung aufgehoben, ob der Verkauf gegen baar Geld oder auf Credit Statt gefunden hat. Diese Vorschrift setzt es außer Zweifel, daß auch bei einem ohne Credit geschehenen Verkaufe die Vindication ausgeschlossen werden soll, wenn das Fallissement erst nach Ablauf von vierzehn Tagen erfolgt.[1] — Die ganze Vorschrift ist jedoch überhaupt auf hier am Platze geschlossene und ausgeführte Verkäufe beschränkt. Dagegen stellt hinsichtlich der aus der Fremde verschriebenen unbezahlten Waaren der art. 25 folgende Grundsätze auf:

a) Die Curatores bonorum dürfen, wenn die unbezahlte Waare erst nach Ausbruch des Concurses ankommt, dieselbe nicht zum Nutzen der Masse in Empfang nehmen, sondern müssen dieselbe oder das Conossement dem Eigenthümer überlassen, und die Waare, wenn sie sie vorläufig aufgenommen hätten, zurückgeben (art. 25. § 4).

b) Ist hingegen die Waare früher angekommen und bereits in den Gewahrsam des nachherigen Falliten gelangt, d. h. hat er sie auf seinem Boden oder in seinem Packraum und Hause, so findet keine Vindication derselben Statt (§ 4).

c) Der Absender, welcher vor Ankunft der Waare die schlechten Umstände des Destinatars erfährt, kann dieselbe durch Uebersendung eines zweiten Conossements oder durch Stellung anderweitiger Ordre wieder zu sich nehmen. Vorausgesetzt wird dabei, daß die Waare noch nicht in des Falliten wirklichen Gewahrsam gekommen; auch gilt diese Befugniß unbedingt nur dann, wenn das erste Conossement vom Falliten nicht schon weiter an Andere transportirt worden (§ 1).

---

[1]) Dafür ist auch Hasche Erläuterung Th. 2. S. 159.

d) Hat aber eine solche Conossements-Uebertragung vom Falliten Statt gefunden, so tritt der Absender in des Letzteren Stelle: es steht ihm oder seinem hiesigen Vertreter frei, das versetzte Conossement gegen die darauf vorgestreckte Schuld einzulösen (§ 5), und im Fall des Verkaufes die noch ganz oder zum Theil unbezahlte Kaufsumme von dem Käufer und Inhaber der Waare einzufordern (§ 6).

e) Im Uebrigen verfügt der § 3: "Wäre aber das Conossement von dem Fallito vor seinem Austritt an einen Dritten veräußert oder verpfändet, so ist der Inhaber desselben dem Ablader oder Versender vorzuziehen, und muß sich dieser seines Schadens an der Masse bestmöglichst erholen." Daß aber hierdurch die Vindication gegen den Inhaber des Conossements nicht ausgeschlossen werde, wenn derselbe in mala fide war, d. h. von der Zahlungsunfähigkeit seines Vormannes und davon, daß das Conossement noch unbezahlt sey, hinreichende Kenntniß hatte, ist von unserm Handelsgericht und Oberappellationsgericht in mehreren Entscheidungen angenommen. [1])

4. Der Auftrag zum Verkauf oder zur Spedition gehört, wie die vorhin unter 2 erwähnten, zu den Rechtsgeschäften ohne Eigenthums-Uebertragung. [2]) Die Stellung des diesen Fall behandelnden art. 26 der Neuen Falliten-Ordnung unmittelbar nach art. 25 und ein Theil seines Inhalts wurde ersichtlich durch den Langenbeck'schen Commentar zu art. 3. tit. 5. P. II. Stat. (S. 284) veranlaßt, welcher analoge Entscheidungen schon aus früherer Zeit an-

[1]) In Sachen Israel c. Gleichmann & Busse. Löhr & Co. c. Diercks Gebrüder. Sammlung der Erkenntnisse des Ober-Appellations-Gerichts Bd. I. S. 21—38. 176—192. — Daß die Einsendung des Conossements nur eine "Schein-Uebergabe" der Waaren und zur Uebertragung des Eigenthums nicht hinlänglich sey, dafür werden schon Präjudicate von 1725 angeführt von Nissen Commentar zu art. 3. tit. 5. P II. Stat.

[2]) Die Vindication beim Trödelvertrage wird schon in L. 5. §. 18. D. de trib. act. (14, 4) statuirt.

führt. Das Recht des Committenten bezieht sich nicht allein auf die noch bei dem debitor in natura vorhandenen Waaren, sondern erstreckt sich, sofern sie bereits verkauft sind, aber der Fallit nicht del credere gestanden hat, auch auf die noch ausstehenden Kaufgelder, welche mittelst einer nothwendigen Cession in die Stelle der verkauften Waare treten, und von den Curatoren dem Committenten zur Einforderung überwiesen werden sollen.

5. Die Vindication von Geld, wie von Fungibilien überhaupt, ist gemeinrechtlich nicht unstatthaft, wenn es nur noch nicht mit dem Vermögen des Empfängers confundirt war, d. h. wenn die Identität der nummi nachgewiesen werden kann. [1]) Hiervon macht art. 27 der Neuen Falliten-Ordnung eine dreifache, zum Theil künstliche Anwendung. Zunächst zu Gunsten Desjenigen, der dem Falliten vor seinem Austritt Gelder zum verwechseln hingegeben, ohne ihm jedoch selbige auf Zeit anzuvertrauen. Das Römische Recht knüpft auch hier, im Concurse des mensularius, das Vindicationsrecht des Deponenten an die Identität der noch vorräthigen einzelnen Münzen (nummi) [2]); dagegen fordert der art. 27. § 3 nur, daß beim Ausbruche des Fallissements die zum Verwechseln hingegebene Münzsorte sich in natura in des Falliten Casse befinde, und verpflichtet unter dieser Voraussetzung die Curatoren zur Rückgabe der Summe oder des von der Münzsorte noch vorhandenen Restes. — Eine zweite Anwendung wird (§ 4) auf Geldpöste gemacht, die Jemand für sich auf eines nachherigen Falliten Bankfolium hat schreiben lassen. Solche Pöste sollen einem Depositum gleich geachtet werden; weil aber nach dem Mechanismus der Bank weder von Münzen noch von körperlichen Dingen überhaupt dabei zu reden ist, so wird die zur Vindication erforderliche Identität in dem Postulate ausgedrückt, daß so

---

[1]) L. 29. D. de cond. indeb. (12, 6). L. 14. § 8. D. de solut. (46, 3).

[2]) L. 24. § 2. D. de rebus auct. jud. poss. (42, 5).

viel als die zugeschriebene Summe beträgt, sich noch wirklich auf dem Bankfolium des Falliten befinden, und seit der Zuschreibung beständig gewesen seyn müsse. [1]) Die Forderung desjenigen, der sich einer fremden Conto bediente, gilt in der Vorstellung als ein abgesonderter Saldo, welcher noch in natura vorhanden sey, wenn und so weit die späteren Abschreibungen durch die früheren oder späteren Zuschreibungen, ohne ihn anzugreifen, gedeckt wurden. Mehrere concurrirende Gläubiger von dieser oder der zuerst erwähnten Art theilen den vorhandenen Ueberrest pro rata ihrer Summe [2]) (§ 5). — Der dritte Fall endlich betrifft den Verkäufer eines Wechsels, dessen Käufer kurz nachher, ohne die valuta bezahlt zu haben, in Concurs geräth (art. 27. § 1. 2). Hat der Fallit diesen Wechsel einem Anderen in Bezahlung gegeben, oder den Belauf von ihm eincassirt, so muß der Verkäufer zur Masse gehen. Wurde aber der Wechsel von dem Käufer zum Accept versandt, [3]) so kann der Käufer, sofern ihm in Beitreibung der valuta keine Säumniß zur Last fällt, [4]) die Wechselsumme sofort und unabgekürzt von den Curatoren fordern, wenn er darthut, daß der Wechsel honorirt und der Betrag entweder schon zur Masse gekommen oder noch kommen werde. — Die gemeinschaftliche Bedingung für alle drei Fälle dieses Artikels ist, daß die durch ihn geschützten An-

---

[1]) Auch dieses Vorrecht hatte sich schon durch Entscheidungen aus früherer Zeit gebildet. Anderson Commentar zu art. 3. tit. 5. P. II. Stat. (S. 284).

[2]) Arg. l. 7. § 3. D. depos. (16, 3). In Beziehung auf Bankposten ist jedoch dieser Satz nicht klar gedacht.

[3]) Sollte der Schuldner den Wechsel zur Zeit seines Austritts noch besitzen, so kann er arg. art. 24 vindicirt werden. Hasche Erläuterung Th. 2. S. 240. Pöhls Handelsrecht § 189.

[4]) Diese Bedingung nebst dem beiläufigen Commissorium an die Prätoren, gegen die Käufer von Wechseln sofort executivisch zu verfahren (vergl. oben S. 252), ist ein Einschiebsel der bürgerlichen Prüfungs-Commission.

sprüche nicht älteren Ursprungs als höchstens acht Tage vor dem Fallissemente seyn dürfen.

Die so eben unter No. 3 — 5 erwähnten Fälle, deren nähere dogmatische und legislative Erörterung der commerciellen Jurisprudenz überlassen bleiben muß, wurzeln mit ihrer materiellen Verschiedenheit in der Technik des Handelsverkehrs; aber der dabei zum Grunde liegende gemeinsame Gedanke ist selbst für den Laien erkennbar und belehrend. Er knüpft sich an das geläufige Verhältniß der Vertrags-Obligation zur Vindication, und dieser zur Condiction. Wenn die fraglichen Geschäfte in Ordnung gehen, oder nur zu Differenzen über die Art ihrer Realisirung führen, so sind Ansprüche dieser Art gar nicht denkbar;[1]) aus ihrer geschehenen oder mit Unrecht unterlassenen Ausführung entsteht eine Forderung (auf die bedungene Leistung oder das Interesse), welche mittelst der Klage aus dem Vertrage gegen das Vermögen des Verpflichteten gerichtet ist, und in seinem Concurse gleich jeder anderen zu lociren seyn würde. Trat aber der Concurs vor der regelmäßigen Ausführung des Geschäfts dazwischen, so gilt er als ein dieselbe unterbrechendes oder vereitelndes Ereigniß: das Geschäft muß unterbleiben, oder wird wieder aufgelöst. Daß der Gläubiger dann das ganze Interesse der Erfüllung, auch so weit dieses die seinseitige Leistung übersteigt, bei der Masse geltend machen könne, ist im Allgemeinen wenigstens dann schwerlich zu bezweifeln, wenn das Fallissement ein schuldvolles war; jedenfalls aber hat er ein Recht

---

[1]) Es gehört nicht zum regelmäßigen Geschäftsgange, daß verkaufte Waaren vom Verkäufer reclamirt werden (sondern der Kaufpreis); daß dem ersten Conossement ein zweites nachgesandt und jenes dadurch revocirt wird; daß zum Verkauf gesandte Waaren unverkauft zurückgefordert werden (sondern ihr provenu); daß die zum Verwechseln gegebene Münzsorte wieder zurückverlangt wird (sondern ihr Aequivalent in einer anderen Sorte); daß das Zuschreiben eines Bankpostens als ein depositum regulare betrachtet wird; daß der Wechselverkäufer das demnächst vom Acceptanten bezahlte Geld als seine valuta erhält.

auf Rückgabe des von ihm bereits Geleisteten (causa non secuta), und dieser Anspruch ist hier, wie der einfacher zu begründende, so auch im Effecte der vortheilhaftere, wenn er Jenes unverkürzt wieder empfängt. Die Rechtsmittel dazu sind aber nicht die Klagen aus dem intendirten Geschäfte, sondern die nach Abstrahirung davon ihm noch verbleibenden, also Vindication und Condiction. Die letztere als Surrogat der ersteren soll zwar einen Ersatz für das Consumirte oder in das Vermögen des Schuldners Verschmolzene verschaffen, sie führt aber eben deshalb im Concurse gleichfalls nur zu einer Berücksichtigung bei der Gesammtmasse. Die Frage reducirt sich also darauf: wann die Leistung des solventen Contrahenten als mit dem Vermögen des insolvent gewordenen vereinigt, und wann sie noch als dergestalt davon unterschieden gelten müsse, daß statt der Vertragsklage oder der Condiction die hier vortheilhaftere (der Fallitmasse lästigere) Vindication als begründet erkannt werden muß? — Jene Vereinigung nun beruhet entweder, als eine ideelle, auf dem Willen des Tradenten, der sie dann nicht selbst hinterher wieder bestreiten darf; oder sie wird ohne oder gegen seinen Consens thatsächlich vorgenommen, was wegen des collidirenden Rechtes der sonstigen Ansprüche an das Vermögen dieselbe Wirkung (die Vindication auszuschließen) haben muß. Jener Wille ist das Creditgeben [1]; bei Zulassung der Vindication muß also constiren, daß kein Credit (in dieser Bedeutung) gegeben, und daß auch de facto keine Vermischung mit dem Vermögen des Falliten stattgefunden habe.

Eine gesetzliche Nachhülfe kann der Geschäftsverkehr für diese generellen Sätze in doppelter Beziehung erheischen. Da nämlich die Vorstellung durch das factisch Gewöhnliche bestimmt zu werden pflegt, und die Vindication oder Condiction des

---

[1]) L. 1. D. de R. C. (12, 1) . . . "Credendi generalis appellatio est ... nam cuicumque rei adsentiamur, *alienam fidem secuti*, mox recepturi quid ex hoc contractu, credere dicimur." L. 2. § 3. "Creditum ergo a mutuo differt, qua genus a specie."

Geleisteten nicht bei der Ausführung eines Geschäfts, sondern nur in den seltneren Fällen seiner Rückauflösung durch den Concurs in Frage kommt, so wird häufig weder die Zulassung des Credites, noch das positive Gegentheil bei Eingehung des Geschäftes klar gedacht und ausgedrückt werden. Der Schutz, welchen der reelle Verkehr fordert und verdient, äußert sich hier in einer dispositiven Bestimmung, damit nicht der Vorsichtige dem Dilemma ausgesetzt sey, ein Unternehmen wegen des entfernt möglichen Risico ganz zu unterlassen, oder es nur auf eine der Natur desselben widerstreitende Weise betreiben zu können. Denn zwischen dem ausdrücklichen Verzicht durch Creditgeben und den Cautelen wegen der Gefahr bei unerwarteten Ereignissen liegt der regelmäßige Geschäftsgang, der zwar dem mit der Erfüllung den Anfang Machenden keine unbedingte Sicherheit wegen der Gegenleistung verschafft, der aber wegen Unterlassung einer ausdrücklichen Protestation ihn dort in integrum restituirt wissen will, wo sonst dritte Personen (die Creditorschaft) sich ohne Zuthun seines Contrahenten mit seinem Schaden bereichern würden. Die Vorschrift über Rescission der in den 8—14 Tagen vor Ausbruch des Concurses einseitig erfüllten Verträge hat gegen sich die theoretischen Bedenken, aber auch für sich die practischen Vortheile jeder durchgreifenden Bestimmung. — Zweitens entspricht es dem Handelsverkehr, wo jede Waare zur Verwerthung bestimmt ist und nur nach ihrem Werthe in Betracht kommt, dem Satze, daß pretium succedit in locum rei eine ausgedehntere Anwendung zu verschaffen, als er in der sonstigen Vindicationslehre findet. Die Gränze hierfür liegt in der materiellen Vereinigung der zu reclamirenden Leistung mit dem Vermögen des Schuldners: wo die individuellen Merkmale ihres Objectes nicht mehr erkennbar sind, da müßte die Vindication sich in eine Condiction, also in eine auf Kosten aller übrigen Gläubiger privilegirte Forderung verwandeln. Demnach tritt an die Stelle der von auswärts bestellten oder in Commission gesandten Waare deren beim Käufer noch ausstehender Kaufpreis, weil er, obwohl er von

dem Falliten hätte beigetrieben werden können, doch factisch von seinem übrigen Vermögen noch geschieden ist. Die zum Verwechseln gegebenen Münzen werden, wegen der Schwierigkeit, die Identität der corpora herzustellen, durch ihre Sorte vertreten; der Bankposten durch den ungeachtet des späteren Zu- und Abschreibens in quanto unverändert gebliebenen Banksaldo; der Wechsel, welcher als nicht bezahlt vindicirt werden könnte, durch die Sicherheit, mit welcher auf den Eingang seines Belaufes in die Masse zu rechnen ist.

II. Daß Dienstbarkeiten und Reallasten, welche auf Grundstücken des Falliten haften, ungeachtet des Concurses fortbestehen, wird von Niemand bezweifelt. Das Niedergericht hat in dem oben (S. 337) erwähnten Erkenntnisse vom 3. October 1845 [1]) das Bedenken ausdrücklich abgewiesen, welches aus dem Stillschweigen der Neuen Falliten-Ordnung über diesen Punkt erhoben war.

III. Von den Formen des Pfandrechts hat sich die öffentliche des deutschen Rechts, und das Faustpfand in seiner besonderen Wirksamkeit, wie neben der Reception des Römischen Rechts, so auch unberührt von den Neuerungen der Falliten-Ordnung erhalten. Durch Auflassung vor dem Rathe

---

[1]) Die Stelle der Motive lautet: "Da im Verhältniß zu dem Eigenthümer des praedium serviens daraus, daß im art. 60 der Neuen Falliten-Ordnung die Inhaber von Servituten nicht ausdrücklich erwähnt werden, nicht etwa zu schließen ist, daß dieselben sich begnügen müßten, einen Entschädigungsanspruch bei der Fallitmasse zu formiren, indem jenes Gesetz nur von Forderungen spricht, die im Stadtrentebuch entweder versichert sind, oder doch dieses ihrer Natur nach als in Geld schätzbar seyn könnten, was bei städtischen Servituten, welche durch die gegenseitige Lage der Grundstücke herbeigeführt und bedingt sind, wenigstens in der Regel nicht zutrifft, weshalb vielmehr der Fortbestand dieser Art von einmal erworbenen dinglichen Rechten an ein Grundstück durch den Concurs seines Eigenthümers auch dann nicht afficirt wird, wenn sie in das Stadterbebuch nicht eingetragen wurden, welches Letztere zwar in früherer Zeit zuweilen, aber notorisch in neuerer Zeit längst nicht mit allen Servituten der hier fraglichen Art geschehen ist."

und Inscription in die dafür bestimmten Bücher erlangte eine Verpfändung von jeher grade die Merkmale, welche wir als Kriterien der vollständigen Dinglichkeit bezeichnet haben: den Zwang zur Anerkennung gegen Jeden, der dieselbe zu verweigern interessirt wäre, hier also gegen jeden neuen Acquirenten des Grundstücks; [1]) die Unanfechtbarkeit im Verhältniß zu allen An- und Widersprüchen an das verpfändete Object, seyen sie persönlicher Natur oder dingliche von geringerer Kraft; [2]) endlich den Vorrang vor allen späteren Verpfändungen derselben Art. [3]) Da der Grundsatz der Specialität der Hypothekenbücher sich bei uns unverkümmert erhalten hat, so ist auch die Irrelevanz des Concurses für das inscribirte Pfandrecht die Bedeutung der ausdrücklichen Vorschrift in art. 1. tit. 5. P. II. Stat. "Wann wegen Vorzugs der Gläubiger Streit vorfällt, so soll zuforderst, was vor dem Rathe verlassen und in das Stadtbuch verzeichnet worden, allen andern Verpfändungen, so nicht vor dem Rathe beschehen und eingeschrieben, vorgezogen werden. Und unter

---

[1]) Stadtrecht von 1270 VII, 2. 3; von 1292 C, 18; von 1497 H, 10. art. 3. tit. 30. P. I. art. 2. 4. tit. 4. P. II. Stat.

[2]) Stadtrecht von 1497 G, 3. "Wat auerst vor deme rade vorlaten vnde in der stad bock geschreuen steyt, dat ghevt vor alle segele vnde breue, edder rowelyke langhe besyttynge, der me ghenetet na segelen vnde breuen, de er ankumpst vnde recht vormelden vnde mede bryngen." — Receß von 1618. "Was aber an Rente und Hauptstuhl in offener Audienz verlassen, und in dieser Stadt Rentebuch eingeschrieben wird, solches soll, weil es hiebevor in dieser Stadt üblich Herkommen, stet und fest gehalten werden, und solche Einschreibung allen andern älteren Verpfändungen, die nicht weiter können geschehen und beigeschrieben werden, vorgezogen werden."

[3]) Art. 5. tit. 4. P. II. Stat. "Auch da Jemand einem Anderen für eine Schuld sein Haus oder unbeweglich Erbe obgesetzter maßen vor dem Rathe verpfändlich versetzet und aufläßet, derselbe mag die Uebermaße und so viel das Erbe besser ist denn vorige Schuld einem Andern auch verpfänden, doch daß solches, wie gemeldet, vor dem Rathe beschehe."

diesen sollen allewege die älteren den Vorgang haben." [1]) — Daß diese Gewere zu Pfandrecht auch mit dem Faustpfande an fahrender Habe verbunden geblieben sey, wird in unseren Concursgesetzen als sich von selbst verstehend vorausgesetzt, und nur beiläufig speciell erwähnt, wo sie beide Arten von Pfandgläubigern gleichmäßig von einer concursmäßigen Behandlung eximiren: so in Betreff der den Curatoren zugesicherten Provision von zwei Procent [2]), und der Betheiligung an Stundungs- oder Nachlaßverträgen. [3])

Aber neben diesen einheimischen Pflanzen sind wir mit dem Irrgarten der Römischen Hypotheken, der gesetzlichen und conventionellen, allgemeinen und besonderen, privilegirten und einfachen, nicht verschont geblieben. [4]) Um davon so viel zu erwähnen als zum Verständniß der Neuen Falliten-Ordnung unerläßlich ist, beginnen wir mit Aufzählung der in den topischen Quellen sanctionirten gesetzlichen Pfandrechte. Die Neue Falliten-Ordnung (art. 58) hat, es sey, daß es zum Accorde komme oder der Concurs ausgeführt werde, ausdrücklich Dasjenige bestätigt, was "die geschriebenen allgemeinen, und insonderheit dieser Stadt Gesetze im fünften Titel P. II. Stat. (vom Vorgange der Gläubiger in Pfandschaften und sonsten) verordnet haben," und nur Einiges zur Erläuterung und Aenderung hinzugefügt.

---

[1]) Schon in dem von Vegesack Comm. zu tit. 5. P. II. mitgetheilten Prioritäts-Urtheil des Rathes von 1576 in Conc. Vogelers nimmt "Hövetstohl so in Stadtboeke versekert" den ersten Platz ein.

[2]) Falliten-Ordnung von 1647 art. 5 . . . "worunter gleichwohl diejenigen Creditoren, welche im Stadtbuch vergewissert seyn oder ein handhabendes Pfand haben, so weit die Bezahlung aus dem verlassenen oder handhabenden Pfande reichet, nicht gemeint seyn sollen." Gerichts-Ordnung von 1711 tit. 54. art. 26.

[3]) Falliten-Ordnung von 1647 art. 9. Gerichts-Ordnung von 1711 tit. 54. art. 11. Neue Falliten-Ordnung art. 60. § 1.

[4]) Auch der Vorzug der öffentlichen vor der Privathypothek nach Leo's L. 11. C. qui pot. in pign. (8, 18) scheint Eingang gefunden zu haben. Schroetering Commentar zu art. 1. tit. 5. P. II. Stat.

Gesetzliche Pfandrechte:

A. Besondere.

1. Die Forderung des Vermiethers für die Miethe genoß im Concurse schon nach den älteren Stadtrechten den Vorzug in den vom Miethsmann inferirten Sachen.[1] Der art. 12. tit. 4. P. II. Stat. giebt, wie das Römische Recht,[2] dem Vermiether ein stillschweigendes Pfandrecht an der vom Miether, ihm zugehörig, inferirten fahrenden Habe für die bedungene Miethe und Ersatz von contractswidrig verursachtem Schaden. Die Beschränkung auf die Miethe des laufenden und eines rückständigen Jahres durch die Neue Falliten-Ordnung art. 22. § 3 war schon durch frühere Entscheidungen[3] vorbereitet.[4]

2. Der Verpachter eines Gartens oder Landgutes hat ein stillschweigendes Pfandrecht an den Früchten für den Pachtzins. Art. 13. tit. 4. P. II. Stat.[5]

3. Ein stillschweigendes Pfandrecht ertheilt art. 14. tit. 4. P. II. Stat. Demjenigen, der zur Erbauung oder zur Besserung

---

[1] Stadtrecht von 1270 VI, 15. "So wor en man by slapener det varet uth der stad, vnde guden luden ere gud vntforet; so wat an deme huse blift sines gudes, des schal de hushere alder erst nemen de hushure, also vele also he holden wil uppe den hilgen. Vnde so wat dar bouen is, so wor dat is, dat scholen de anderen hebben ghelik de it mit rechte tugen mogen vnde wynnen mark marke like." Diese älteste Prioritäts-Ordnung ist in den späteren Recensionen weggelassen. Vergl. aber Stadtrecht von 1270 I, 9; von 1292 C, 5; von 1497 G, 14.

[2] L. 2. 4. D. in quib. caus. pign. (20, 2).

[3] Bürgermeister Möller Comm. zu art. 12. tit. 4. P. II. Stat.

[4] Hieran würde sich die durch Verordnung vom 5. December 1766 eingeführte specielle Hypothek für die Frachtgelder an der vom Schiffer abgelieferten Waare schließen. Dieselbe ist jedoch durch die Verordnung vom 24. April 1772 wieder aufgehoben, und gehört die Frachtforderung nun entweder unter die privilegirten oder die Buchschulden.

[5] Aus der Nürnberger Reformation nach L. 7. pr. D. in quib. caus. pign. (20, 2). L. 24. § 1. D. locati (19, 2).

und Unterhaltung eines Hauses, Schiffes und anderer Güter Geld oder Anderes darleihet, an den Gegenständen der Verwendung. Das Römische Recht [1]) beschränkte dies Pfandrecht auf Darlehn von Geld zur Wiederherstellung eines Hauses, ertheilte aber sowohl in diesem Fall, [2]) wie auch dem Darleiher zu Ankauf, Erbauung oder Ausrüstung eines Schiffes bei wirklich geschehener Verwendung [3]) ein im art. 8. tit. 5. P. II. Stat. wiederholtes privilegium exigendi. Hieran knüpft sich der Vorzug, welchen nach art. 9 ibid. Handwerker, deren Arbeit zu nothwendiger Erbauung oder Reparirung angewandt ist, "in dem verbesserten Hause, Schiffe oder dergleichen" genießen sollen. Endlich hat die Neue Falliten-Ordnung diese verschiedenen Bestimmungen dahin zusammengefaßt: daß Handwerker, und Diejenigen, welche zur Erbauung oder nöthigen Reparatur eines Hauses, Schiffes oder den dazu gehörigen nied- und nagelfesten Fabrikgeräthschaften und Maschinen Materialien hergegeben, daran gearbeitet oder das Geld dazu geliehen haben, eine Hypothek an den genannten Gegenständen erhalten, welche jedoch in einer durch Citation zu unterbrechenden zweijährigen Frist erlischt.

4. Die Neue Falliten-Ordnung a. a. O. ertheilt dieses Pfandrecht auch Denjenigen, die einem Fabrikanten zu seinen zur Fabrik gehörigen Maschinen und Geräthschaften durch Arbeit, Lieferung oder Darlehn Vorschub gethan haben, an den hier bezeichneten (beweglichen) Gegenständen.

5. Das gemeinrechtliche gesetzliche Pfandrecht des Legatars an dem Erbtheil des Onerirten [4]) ist im art. 68 der Neuen Falliten-Ordnung bestätigt, jedoch hier auf die Dauer von zwei Jahren beschränkt von der Zeit an, wo dem Legatar durch Publication des Testamentes oder sonst die Wissen-

---

[1]) L. I. D. in quib. caus. pign. (20, 2).

[2]) L. 25. D. de reb. cred. (12, 1). L. I. D. de cess. bon. (42, 3). L. 24. § 1. D. de reb. auct. jud. poss. (42, 5).

[3]) L. 26. 34. D. de reb. auct. jud. poss. (42, 5).

[4]) L. I. C. Comm. de legat. (6, 43).

schaft vom Anfall des Vermächtnisses zukommt und der Erbe zum Besitz der Erbschaft gelangt ist.

6. Der mit Immobilien Angesessene ist von Bestellung anderweitiger Caution befreiet. [1]) Dagegen giebt die Neue Falliten-Ordnung art. 72 Demjenigen, dem die Caution zu leisten wäre, eine stillschweigende Hypothek an dem Ueberschuß des Grundstücks, von dem Tage an, da der Cautionspflichtige sich im Processe auf seine Erbgesessenheit berufen hat.

B. Gesetzliche Pfandrechte am ganzen Vermögen.

1. Das Pfandrecht der Pupillen am Vermögen des Vormundes für Forderungen aus der vormundschaftlichen Verwaltung ist in art. 15. tit. 4. P. II. [2]) erwähnt, unbeschadet der durch art. 13. tit. 6. P. III. eingeführten ausdrücklichen allgemeinen Verpfändung im Vormündereide, welche letztere in den gesetzlichen Formularen von 1844 unverändert geblieben ist. Die Neue Falliten-Ordnung art. 59 rechnet zu diesem von ihr bestätigten Falle auch die Forderungen der Kinder an den parens binubus; [3]) sie läßt aber das Pfandrecht erlöschen, wenn die Pupillen oder Kinder nach geschehener Quitirung und erlangter Majorennität ihren Eltern oder Vormündern das Capital ausdrücklich ohne Pfandverschreibung, oder über ein Jahr lang stillschweigend gelassen haben. [4])

2. Das Pfandrecht der Kirchen, Schulen, Corpora pia und Communen im Vermögen ihrer Vorsteher und Admini-

---

[1]) Art. I. 5. 7. tit. 25. P. I. Stat.

[2]) Aus der Nürnberger Reformation nach L. 22. C. de adm. tut. (5, 37). L. 7. § 5. C. de cur. furiosi (5, 70). Gries Comm. Th. I. S. 238 bemerkt, daß diese statutarische Verfügung nur eine interimistische war.

[3]) Nach L. 6. 8. C. de sec. nupt. (5, 9). L. 6. § 4. C. de bonis quae lib. (6, 61).

[4]) Die Veranlassung dazu war die Bestimmung der älteren Gesetze, wonach in solchem Fall der Minderjährige das Recht verlieren soll, sich von dem gezwungenen Nachlaßvertrage auszuschließen. Falliten-Ordnung von 1647 art. 9. Gerichts-Ordnung von 1711 tit. 54. art. 11.

stratoren vom Zeitpunkte des Anfanges der Verwaltung. Dieses im gemeinen Recht nicht begründete [1]) Pfandrecht ist erst durch art. 69 der Neuen Falliten-Ordnung festgestellt. Vorher war dasselbe bestritten, und man berief sich, um es geltend zu machen, theils auf die Glosse zum Canonischen Recht, theils auf die revidirten Lübischen Statuten. [2])

3. Das Pfandrecht für die in den Hypothekenbüchern inscribirten Capitalien, so weit sie aus dem Verkauf des Grundstücks nicht befriedigt werden, nebst den Zinsen des laufenden und des letzten Jahres, am Vermögen des Schuldners zufolge art. 12. tit. 5. P. II. Stat. und Neue Falliten-Ordnung art. 60. § 2. art. 61. § 4. Dies Pfandrecht datirt von dem Zeitpunkt der Inscription, oder von der Zuschreibung des Grundstücks an den Schuldner oder dessen Erblasser, wenn es schon früher inscribirt worden war.

4. Das Pfandrecht der Concursgläubiger am Vermögen der Curatores bonorum wegen der von diesen geführten Verwaltung ist anstatt der früheren gesetzlichen Caution zuerst in der Falliten-Ordnung von 1647 art. 5 eingeführt, in der Gerichts-Ordnung von 1711 tit. 54. art. 28, Neuen Falliten-Ordnung art. 98 wiederholt.

Die Concurrenz dieser gesetzlichen oder stillschweigenden Hypotheken mit denjenigen, die in einem ausdrücklichen Vertrage ihren Entstehungsgrund finden, erzeugt keine Schwierigkeiten, sofern der Zeitpunkt, von welchem jedes dieser verschiedenen Pfandrechte datirt, in concreto ermittelt ist. Auch über das Zusammentreffen von speciellen Pfandrechten mit allgemeinen wiederholt art. 13. tit. 5. P. II. Stat. zwei Bestimmungen des Römischen Rechts: der ältere Inhaber einer Hypothek am ganzen Vermögen behält die Priorität auch an den davon später einem Anderen speciell verpfändeten Gegen-

---

[1]) Vergl. Böhmer Jus eccl. Prot. L. 3. tit. 16. § 16 sq. Sintenis Handbuch des Pfandrechts S. 342.

[2]) Bürgermeister Möller zu art. 15. tit. 4. P. II. Stat. Nissen zu Rubr. tit. 5. P. II.

ständen;[1]) er muß sich aber, falls ihm daneben auch ein Specialpfand bestellt wurde, die vorgängige Verweisung an dieses mittelst der jetzt sogenannten exc. excussionis realis gefallen lassen.[2]) Wenn hiermit ein Festhalten an dem Princip des Römischen Concurses, der die Hypothekgläubiger so wenig wie die Vindicanten kümmert, ihnen vielmehr nach wie vor die hypothecarische Klage und das Salvianische Interdict zum Schutze ihres dinglichen Rechtes läßt, allenfalls vereinbar gewesen wäre, so hatte dagegen unsere topische Praxis bereits vor dem revidirten Stadtrecht[3]) diesen Boden vollständig verlassen, und folgte dem Princip des deutschen Concurses, mit dessen Ausbruch die Verfolgung der Hypotheken sistirt und die Pfandgläubiger mit zu dem Corps der Concursgläubiger gezogen werden. Dies ergiebt schon die chronologische Structur unserer älteren Fallitgesetze: während ihr zufolge das Concursverfahren mit der Inventur, Constituirung

---

[1]) L. 2. D. qui potiores (20, 4). "Qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo potior est cui postea praedium ex his bonis datur, *quamvis ex ceteris pecuniam suam redigere possit.*" Statt der letzteren Worte hatte, nach Uebersetzung des Anfanges der Stelle, der Entwurf von 1603 den Satz der Nürnb. Reformation aufgenommen: "Wiewol, so derselbig Gleubiger außerhalb des sonderbaren verpfendeten Guts vollenkomblich bezalet werden mag, alsdann demselben, der ausdrückliche Verpfendung hat, uff solche sonderbare Verpfendung verholffen werden soll." Die Aenderung in der Redaction von 1605 durch Weglassung dieses Satzes, Ergänzung des ersten mittelst der Worte "in dem hernach einem Anderen besonderlich verpfändeten Gute", und Hinzufügung des zweiten Theiles des Artikels — ist eine sehr wesentliche.

[2]) L. 2. C. de pignor. (2, 14). L. 9. C. de distr. pign. (8, 28). Daß diese Einrede der Realexcussion nur späteren Pfandgläubigern und nicht auch dem Verpfänder zustehe, ist in der von Anderson Comm. zu art. 13 cit. angeführten Entscheidung von 1720 mit Unrecht angenommen. Vergl. Hepp im Archiv für civ. Prax. Bd. 9. S. 358 folg. Thibaut im Archiv Bd. 17. S. 19. Sintenis Handbuch des Pfandrechts S. 495 folg.

[3]) Das ergiebt sich z. B. aus dem Prioritätsurtheil von 1576 bei Vegesack Comm. zu Rubr. tit. 5. P. II. Stat.

und dem Verkaufe der gesammten Masse durch den Gerichtsvoigt oder die Curatoren anfängt, so wird der Schluß desselben mit dem Satze bezeichnet: "Folgends sollen die data der producirten Verschreibungen und anderer Beweise im Gerichte verzeichnet, und ob in denselben des Schuldners Güter verpfändet, und was sonst ein Jeder der ihm zustehenden Gerechtigkeit und Priorität halber vortragen wird, wohl erwogen und was recht ist erkannt werden." [1]) Der Grund dieser Procedur mußte theils in dem Bestreben liegen, den etwaigen Ueberschuß der Hypotheken über die Pfandschulden den übrigen Gläubigern zu erhalten, theils in der Unmöglichkeit, eine einfache, geordnete und definitive Auseinandersetzung der Pfandgläubiger unter sich ohne Einschlagung dieses Weges herbeizuführen. Auch lag hierin, zumal nachdem der gerichtliche oder öffentliche Verkauf der Pfänder überhaupt aufgekommen war, keine Abweichung von dem endlichen Zwecke jedes Pfandrechts, der ja eben in der Befriedigung für eine Forderung aus dem Verkaufe des verpfändeten Gegenstandes besteht. Was aber die übrigen practischen Kriterien seines dinglichen Charakters betrifft, so waren dieselben von jener Form der Realisirung innerlich unabhängig. Wirklich finden wir den Grundsatz, daß das Alter der Entstehung zugleich über die Priorität des Rechtes entscheiden müsse, in den Worten des art. 12. tit. 5. P. II. Stat. ausgesprochen:

> "Nach diesen sollen alle andere Gläubiger, deren Schulden im Stadtbuche nicht vergewissert, und doch entweder ausdrücklich bedingte oder stillschweigende Verpfändung haben, nach eines jeden *dato* sowohl an der Hauptsumme als hinterstelligen verfallenen Zinsen bezahlet werden."

Desgleichen wird der Satz, daß das Pfandrecht als dingliches Recht alle nur persönlichen Ansprüche an das verpfändete Object ausschließt, oder sie auf den nach

---

[1]) Art. 12. tit. 43. P. I. Stat. Falliten-Ordnung von 1647 art. 12. Gerichts-Ordnung von 1711 tit. 54. art. 43.

Befriedigung des ersteren etwa nachbleibenden Werth verweist, in art. 17 ibid. sanctionirt:

"Nach diesen, wenn die Gläubiger so entweder ausdrücklich bedingte oder stillschweigende Verpfändung haben, allesammt bezahlet sind, sollen diejenigen, so keine Verpfändung haben, nach advenant oder Anzahl eines jeden Schulden ohne einigen Unterschied des dati, so weit sich des Schuldners Güter erstrecken, zugleich ihre Bezahlung empfangen."

Sonach müßte sich die ganze bisherige Darstellung in dem einfachen und natürlichen concursrechtlichen Schema resumiren lassen: Anordnung eines Particularconcurses für etwaige Separationsfälle; Respectirung der dinglichen durch den Concurs nicht afficirten Rechte in Auslieferung der zu vindicirenden Massetheile, und Befriedigung der Pfandgläubiger aus dem Erlöse der Pfänder nach der durch das Alter bestimmten Priorität;[1]) endlich Vertheilung des Erlöses der übrigen Activmasse zunächst unter die bevorzugten, dann — nach Beseitigung dieser verschiedenen Ausnahmen, dem Grundprincip gegenseitiger gleichmäßiger Beschränkung entsprechend — unter alle übrigen Gläubiger pro rata ihrer Forderungen.

Durchlöchert und entstellt wurde dieses System durch die Statuirung solcher privilegirten Forderungen, welche nöthigenfalls aus dem Erlöse der verpfändeten Objecte noch vor den Pfandschulden berichtigt werden, durch privilegirte Pfandrechte, welche, obschon von jüngerem Datum, den wohlerworbenen älteren vorangehen, endlich durch Vorzugsrechte vor den einfachen Schulden, für die es an haltbaren Gründen fehlt. Daß hiermit das Gebiet principloser Willkür betreten war, dafür liegt eine äußere Bestätigung in der Wahnehmung, wie die noch jetzt gesetzliche Prioritäts-Ordnung des tit. 5. P. II. Stat. ("vom Vorgange der Gläubiger in

---

[1]) L. 9. C. qui potior. in pign. (8, 18). "Qui acceperunt pignora, cum in rem actionem habeant, privilegiis omnibus quae personalibus actionibus competunt praeferri constat."

Pfandschaften und sonsten") bei der Revision von 1605 im Vergleich zu dem Entwurfe von 1603 durch Einschaltung neuer oder wesentliche Veränderung mehrerer Artikel und Umstellung der (hier entscheidenden) Reihefolge durchaus umgearbeitet worden ist. [1]) Dennoch ist die dadurch entstandene Vermischung nicht unentwirrbar geworden, wegen der beiden günstigen Umstände, daß wir keine privilegirte General-Hypothek unter diesem Namen kennen, [2]) und daß die privilegirten Specialpfandrechte ihre Selbstständigkeit auch gegen die bevorzugtesten persönlichen Ansprüche behauptet haben. Es mag seyn, daß man in den einzelnen Locationsurtheilen die im tit. 5. Stat. beobachtete Anordnung beibehielt, da unter den wirklich zur Hebung gelangenden Forderungen die Reihefolge gleichgültig ist; das kann uns jedoch nicht hindern, nach Maaßgabe des Inhaltes der gesetzlichen Bestimmungen eine systematische Eintheilung aufzusuchen, wozu die Vergleichung mit den bekannten fünf doctrinellen Klassen des deutschen Concurses von selbst auffordert. Daß Krieger [3]) für seine Zeit nur drei solcher Klassen annimmt, erklärt sich daraus, daß er in der ersten alle den einfachen Pfandgläubigern vorangehende Forderungen zusammenfaßt, und aus dem damals noch einzelnen Falle des simpeln priv. exigendi keine eigene Klasse bildet. Mit Rücksicht auf die von der Neuen Falliten-Ordnung eingeführten einzelnen Zusätze müssen auch wir im Ganzen fünf Klassen von Concursgläubigern aufstellen, mit der Bedeutung, daß die Theilnehmer an jeder bis zu ihrer vollen Befriedigung die Concurrenz aller folgenden ausschließen:

---

[1]) Vergl. die Anmerkung in der Ausgabe von 1842 S. 280.

[2]) An die Stelle des privilegirten Pfandrechts der Ehefrau ist deren Vindicationsrecht unter den gesetzlichen Bedingungen getreten, und der fiscus figurirt für Personalabgaben unter den privilegirten Forderungen.

[3]) Introd. in prax. cap. II. Sect. 7. § 5. 6.

Erste Klasse. Sie umfaßt in Hamburg die privilegirten Special-Hypotheken. Denn diese genießen, wie die simpeln Buchschulden die geringste, so die größte, nur durch den Werth ihres Pfandes und dessen Existenz in der Activmasse bedingte, Wahrscheinlichkeit voller Befriedigung. Die Form der letzteren ist die Bezahlung aus der Concursmasse, in welche der Erlös der verkauften Hypotheken fließt; der Rechtsgrund liegt in der Zusicherung unverkümmerten Rechtsschutzes, welcher sich in dem Prioritäts-Vorrange realisirt. In seinem allgemeinen Ausdruck ist der obige Satz gegen Anfechtungen gesichert, sein Inhalt muß jedoch an den einzelnen Fällen der Anwendung geprüft werden:

A. Unzweifelhaft ist derselbe zunächst für die im Stadtrentebuch inscribirten Hypothekposten, welche nach art. 1. tit. 5. P. II. Stat. "allen anderen Verpfändungen, so nicht vor dem Rathe beschehen und eingeschrieben, vorgezogen werden sollen." Vergl. art. 7. ibid. "jedoch daß die Verpfändung, welche in dem Stadtbuche verzeichnet, wie obgedacht, allewege, sowol in diesen als anderen Fällen den Vorgang habe." Auch in den Locationsurtheilen wurden diese Forderungen vor allen anderen aufgeführt. [1])

B. Der zweite Fall betrifft, wie der vorige, ein privilegirtes Conventional-Pfandrecht, und ist nach der Nürnberger Reformation aus dem Römischen Recht [2]) in art. 7. tit. 5. P. II. Stat. recipirt. Wenn Jemand zum Ankauf eines Hauses, Schiffes oder anderen Gutes Geld daleihet, und sich dabei ausbedingt, daß ihm das erkaufte Gut für sein dargeliehen Geld zum Unterpfande stehen solle: "derselbe Darleiher hat auf demselben Gute vor allen anderen Gläubigern den Vorgang, obgleich denselben zuvor einige Verpfändung geschehen wäre, jedoch ꝛc." (folgen die unter A angeführten Worte). Die Correctionen intendirten dieses Vorrecht, wie

---

[1]) Vegesack zu art. 1. Schreining zu art. 7. tit. 5. P. II. Stat.

[2]) L. 7. C. qui pot. in pign. (8, 18) Nov. 97. cap. 3.

es von der deutschen Praxis geschehen,[1]) auf den Verkäufer auszudehnen, der sich für die Kaufsumme ein Pfandrecht an dem verkauften Gegenstande ausbedingt. Die Stelle unmittelbar nach den inscribirten Pösten hatte die hier erwähnte Forderung schon in einer Locationssentenz von 1576 erhalten.[2])

C. Den dritten und letzten Platz in dieser Klasse weisen wir allen oben S. 352 unter 1—6 aufgezählten gesetzlichen Special-Hypotheken an, mit anderen Worten: die als gesetzliche eingeführten Specialpfandrechte sind nach unserem topischen Recht zugleich privilegirte, und da sie in der ersten Klasse rangiren, so sind sie, gleich den vorigen, in den Gränzen des Werthes der Hypothek vom Ausfall des Concurses unabhängig. Der Umstand, daß das gesetzliche Pfandrecht des Verpächters an den Früchten im tit. 5. Stat. und der Neuen Falliten-Ordnung nicht weiter erwähnt wird, wird nicht als Einwand hiergegen geltend gemacht werden, da er sich genügend aus dem Ignoriren der landwirthschaftlichen Verhältnisse in der städtischen Gesetzgebung erklärt. Das Vorrecht Desjenigen, der zur Erbauung oder Reparatur eines Gegenstandes Geld, Material oder Arbeit aufgewandt hat, steht dem Rechte des Darleihers zum Ankauf nicht nur seinem Wesen nach sehr nahe, sondern wird auch in art. 8. 9. tit. 5. P. II unmittelbar damit verknüpft: "Imgleichen so einer . . . so soll ihm deswegen vor allen anderen Gläubigern, obgleich dieselben zuvor einige Verpfändung hätten, zur Bezahlung verholfen werden." Damit übereinstimmend giebt die Neue Falliten-Ordnung art. 70 den Handwerkern u. s. w. das jus praelationis an dem Ueberschuß des Hauses, sobald die creditores hypothecarii publici zum Vollen befriedigt sind, und daran schließt sich wieder die Gewißheit, daß das Vor-

[1]) Glück Commentar Bd. 19. S. 310 folg.

[2]) Unter No. 2 "Schuld so vor den Inkoop der Häuser hergekommen und noch unbethalet is." Daß das Stillschweigen der Neuen Falliten-Ordnung nicht als Aufhebung dieses Privilegii gelten könne, bemerkt mit Recht Gries Commentar Th. I. S. 293.

zugsrecht des dort speciell erwähnten Pfandrechts an den Geräthschaften und Maschinen, die keine Pertinenz des Hauses bilden, mithin auch von den inscribirten Hypotheken nicht afficirt werden, die volle Kraft eines Privilegiums haben müsse. Ueber das Pfandrecht an dem Ueberschusse des Erbes des Cautionspflichtigen ist nichts weiter gesagt, als daß es von einem genau bezeichneten Datum als stillschweigendes wirksam werde. Dagegen wird die Hypothek des Legatars an den Erbschaftsgütern ausdrücklich (Neue Falliten-Ordnung art. 68) eine vorzügliche, d. h. eine vor allen vom Erben zu bestellenden Pfandrechten privilegirte genannt. Endlich soll der Vermiether in den illatis nach art. 4. tit. 5. Stat. "allen anderen Creditoren, ob die gleich ältere bedingte oder auch stillschweigende Verpfändung in allen oder etlichen des Schuldners Gütern hätten, vorgezogen" werden. [1])

Eine Collision zwischen den Interessenten dieser Klasse ist nur theilweise denkbar; sie wird namentlich durch die Verschiedenheit der Pfandobjecte ausgeschlossen zwischen dem Pfandrechte an den illatis des Miethers und demjenigen an einem Grundstück, ferner durch ausdrückliche Vorschrift zwischen den unbedingt voranstehenden inscribirten Hypothekpösten und allen nur auf den Ueberschuß des Kaufpreises verwiesenen. Ueber die Rangordnung der letzteren unter sich fehlt es an gesetzlichen Aussprüchen; nach allgemeinen Grundsätzen würde das Creditum zum Nutzen den übrigen, und von mehreren dieser Art das jüngere dem älteren vorgehen müssen; hinsichtlich der anderen führt die Natur des dinglichen Rechts auf die Locirung nach dem Alter, dagegen die Berufung auf Privilegien von präsumtiv gleicher Wirksamkeit auf eine Vertheilung pro rata der Forderungen.

Zweite Klasse. Nach Ausscheidung des Erlöses der den privilegirten Special-Hypothekarien verhafteten Gegen-

---

[1]) Es ist nur eine logische Ungenauigkeit, wenn die Neue Falliten-Ordnung art. 22. § 3 den Hauswirth wegen der Miethe unter den privilegirten Forderungen aufführt.

stände, so weit nöthig, werden in dieser Klasse diejenigen persönlichen Gläubiger befriedigt, deren gesetzliches Privilegium sie den nicht bevorzugten Hypothekgläubigern voranstellt. Die Kosten des Begräbnisses und der letzten Krankheit, Dienstlohn und Kostgeld wurden mit diesem Range schon in art. 2. 5. 6. tit. 5. P. II. Stat. bekleidet. [1]) Die später hinzugekommenen Fälle sind oben S. 321 angeführt, auch bemerkt worden, daß die Vertheilung in dieser Klasse nach Proportion der Forderungen zu geschehen habe.

Dritte Klasse. Allen übrigen nur persönlichen Forderungen gehen die durch ein gesetzliches oder Conventional-Pfandrecht gesicherten vor, so weit der Werth ihrer Hypothek reicht, und rangiren unter sich nach dem Alter. Art. 12. tit. 5. P. II. Stat. Vergl. art. 17. ibid: "Nach diesen, wenn die Gläubiger so entweder ausdrücklich bedingte oder stillschweigende Verpfändung haben, allesammt bezahlet sind, sollen diejenigen, so keine Verpfändung haben . . . ihre Bezahlung empfangen."

Vierte Klasse. Forderungen, die mit einem privilegium exigendi im römischen Sinn (d. h. unbeschadet aller dinglichen Rechte) versehen sind. Solcher giebt es nach unseren Gesetzen drei:

1. Der Deponent, wenn das Depositum nicht in natura restituirt werden kann, weil der Depositar dasselbe veräußert, consumirt oder mit seinem Vermögen vermischt hat. In dieser Allgemeinheit ist das Vorrecht durch Erweiterung des Römischen Rechts, [2]) wonach es nur demjenigen, der bei Argentarien Gelder deponirt hat, zustand, in die deutsche Praxis übergegangen, und zunächst aus den Sächsischen Constitutionen von 1572 in den art. 16. tit. 5. P. II. Stat. aufgenommen: "Wenn Jemanden ein Gut zu treuen Händen verwahrlich zugestellet,

---

[1]) Der verdiente Lohn nimmt diese Stelle bereits 1576 ein. Vergl. Vegesack a. a. O.

[2]) L. 7. § 2. D. Depositi (16, 3). L. 24. § 2. D. de rebus auct. jud. poss. (42, 5).

und von demselben unwissend des Deponenten verändert und verthan wäre, soll solches vor allen anderen Schulden, so keine ausdrückliche oder stillschweigende Verpfändung haben, aus des Depositarii Gütern bezahlet werden." [1]) Die Neue Falliten-Ordnung art. 71. § 1 hat diesen Satz mit denselben Worten bestätigt.

2. Der Committent von Speditionsgut, welches vor dem Fallissement verkauft wurde, hat, wenn der Kaufpreis bereits eincassirt worden, dasselbe Vorrecht zufolge art. 71. § 2 der Neuen Falliten-Ordnung.

3. Endlich ist nach einem Zusatz der bürgerlichen Prüfungs-Deputation a. a. O. noch derjenige hier aufgenommen, der einem nachherigen Falliten Gelder ohne Zinsen geliehen hat.

Die Ordnung der Interessenten dieser Klasse ist im art. 71. § 3 sehr klar dahin vorgeschrieben, daß der Committent der angegriffenen Speditionsgüter den beiden übrigen, und der Deponent dem Darleiher vorangehen soll. [2]) Eine Vertheilung pro rata würden demnach nur mehrere Committenten, Deponenten oder Darleiher unter sich nöthigenfalls anzunehmen haben.

Fünfte Klasse. Nach Befriedigung aller vorgenannten folgen (art. 17. tit. 5. P. II. Stat.) die mit keinem Vorzugsrecht versehenen oder durch dasselbe nicht vollständig befriedigten Gläubiger, unter welche die Activmasse pro rata ihrer Forderungen vertheilt wird.

---

[1]) Mit Unrecht locirt also Krieger introd. in prax. cap. 11. Sect. 7. § 6 die Deponenten so, "ut respectu pretii quod probabunt, omnibus hypothecariis s. tacitam s. expressam hypothecam habentibus *praeferantur.*"

[2]) Daß diese Verfügung von Hasche Erläuterung Thl. 2. S. 454 unrichtig verstanden sey, hat schon Pöhls Handelsrecht § 192. Note 14 bemerkt, der übrigens auch nicht deutlich genug ausdrückt, daß sie nicht vom Accordverfahren, sondern vom gerichtlichen Concurse handelt.

## § 7.

## Schluß.

Um zu seinem Ausgangspunkte zurückzukehren, hat der in diesem Abschnitt skizzirte Kreis noch die früher zurückgestellten Glieder von zwei verschiedenen Gegensätzen nachzuholen.

Es wurde im Anfang des vorigen Paragraphen (S. 333) bemerkt, daß die Separatbefriedigung einzelner Ansprüche aus bestimmten Objecten, die sonst zu dem schuldnerischen Vermögen gehören, also zur Activmasse gezogen werden müßten, theils die Folge des dinglichen Rechts (— davon handelte § 6 —), theils der Sanctionirung eines vortheilhaften factischen Zustandes seyn könne. Es versteht sich, daß diese Sanction eines für das Recht an sich gleichgültigen und ihm unterworfenen thatsächlichen Verhältnisses nur unter besonderen anderweitigen Voraussetzungen denkbar seyn könnte. Diese aufzusuchen, erinnern wir an die früher (S. 314) angekündigte und für die jetzige Stelle reservirte Frage: welche Modificationen daraus entstehen, wenn das zweifache Verhältniß des gegen den Falliten Berechtigten und Verpflichteten sich in der nämlichen Person vereinigt? Das Interesse dieser Situation folgt aus dem Grundsatze des Concurses, daß die durch das Concursgericht oder die Curatoren vertretene Gläubigerschaft zwar die Rechte des Gemeinschuldners vollständig ausübt, dagegen seine Verbindlichkeiten nur so weit zu erfüllen hat, wie es das Princip der gegenseitig und gleichmäßig sich beschränkenden Befriedigung zuläßt. Wenn diese Regel für den Fall der Identität des der Fallitmasse gegenüberstehenden Subjectes von Forderungen und Leistungen keine Ausnahme leidet, so wird demselben dadurch die feinseitige Erfüllung zweiseitiger Verträge neben Reduction der Gegenleistung auf die etwaige Concursdividende auferlegt, und für andere Fälle das Recht der Compensation und Retention im Concurse abgesprochen.

Für zweiseitige Verträge, also für die im Verkehr häufigsten und wichtigsten Arten des Vermögenstausches wie Kauf,[1]) Miethe und ähnliche, wird eine solche Entscheidung grade durch dasjenige ausgeschlossen, was sie zugleich wesentlich von den Fällen der Compensation und Retention sondert, nämlich durch das rechtlich geschützte ursprüngliche Band, welches hier die Leistung und Gegenleistung mit einander unzertrennlich verknüpft. Diesem widersprechend wäre es, wenn z. B. die Curatoren aus einem von dem Falliten früher geschlossenen Kaufe auf Lieferung der Waare dringen und den Verkäufer für seinen Kaufpreis in die letzte Klasse der Concursgläubiger verweisen dürften, weil eine solche Auskunft die Gegenseitigkeit zerstören würde, mit welcher als seiner Seele dieses Rechtsverhältniß ganz stehen oder ganz fallen muß. Nur dann ist dies anders, wenn der Concurs, nachdem der Vertrag von einer Seite bereits erfüllt war, als ein Ereigniß dazwischen tritt, nach welchem die Erfüllung des anderen Contrahenten nur noch als einseitige Prästation erscheint: hatte der Fallit als Käufer das pretium schon gezahlt, oder als Verkäufer tradirt, so wird resp. die Waare oder der Preis zu seiner Activmasse beigetrieben; war dagegen ihm, als dem Käufer, tradirt oder als dem Verkäufer vorausbezahlt, so bleibt dem anderen Contrahenten nur ein Anspruch im Concurse, sofern nicht in jenem Falle die Bedingungen der Rescission des Handels nach art. 24 der Neuen Falliten-Ordnung zutreffen. Aber wenn vor dem Concurse noch von keiner Seite erfüllt war, dann entsteht mit ihm nur die Alternative der beiderseitigen Erfüllung oder Nichterfüllung. Wenn die Theorie den Massevertretern zwischen diesen beiden Möglichkeiten die Wahl läßt, so rechtfertigt sich dies dadurch, daß der andere Contrahent keinen legalen Grund zur Aufhebung des Geschäftes hat, falls er für die ihm geschuldete Leistung Befriedigung oder genügende

---

[1]) Eine Zergliederung der hierbei möglichen Fälle s. bei Bayer Concursproceß § 32.

Sicherheit erhält, daß aber die Gläubiger statt der Liquidation der Masse nur dann in neue Geschäfte sich einlassen können, wenn der davon zu erwartende Vortheil evident ist. Die Ausführung eines von dem Falliten geschlossenen Verkaufes z. B. wäre der Privatverkauf eines Massetheiles statt der regelmäßigen öffentlichen Versteigerung; das Bestehen auf einem geschlossenen Kauf gegen Zahlung des Preises aus der Masse kann, als Speculation, nur bei vorliegender Gewißheit sofort theurer wieder verkaufen zu können, gerechtfertigt seyn. Die Neue Falliten-Ordnung untersagt daher (art. 25. § 4) den Curatoren, unbezahlte Waaren zum Nutzen der Masse in Empfang zu nehmen. — Das Gesetz erwähnt noch speciell die Mietheverträge in dem Satze des art. 22. § 3: "Mieth-contracte aber, die noch nach der Zeit des Fallissements laufen, hören nach demselben auf geschehene stadtübliche Loskündigung auf, ohne auf die dieserhalb von dem debitor vorhin errichteten Contracte zu sehen." Die verschiedenen Ansichten über die Auslegung dieser Stelle [1]) beziehen sich auf die Möglichkeiten, daß der Fallit entweder Vermiether oder Miether gewesen seyn, und in beiden Fällen das Kündigungsrecht entweder von den Curatoren oder dem andern Contrahenten in Anspruch genommen werden kann. Nach obigen allgemeinen Grundsätzen würde, wenn der Vermiether in Concurs geräth, zwar nicht dem Miethsmann, wegen eines fehlenden legalen Interesse dazu, wohl aber den Massevertretern das Kündigungsrecht zuzusprechen seyn, da es sich für sie um fortgesetzte Erfüllung eines persönlichen Vertrages handelt. War dagegen der Fallit Miether auf längere Zeit, so steht nicht nur aus eben diesem Gesichtspunkt seinen Curatoren die Befugniß

---

[1]) Vergl. Klefeker Hamb. Gesetze Bd. 5. S. 109. Hasche Erläuterung Th. 1. S. 321. Gries Commentar Th. 1. S. 341. Am weitesten scheint ein vom Obergericht bestätigtes Prätur-Erkenntniß, Pilliot c. Cur. bon. Vogelberg, zu gehen, wonach "auf längere Zeit geschlossene Miethcontracte nach dem Fallissemente eines der Mitcontrahenten auch auf geschehene stadtübliche Loskündigung des anderen Contrahenten aufhören."

zur Kündigung zu, sondern dieser Fall ist grade der speciell im art. 22 entschiedene. Dasselbe Recht kann aber in dieser Annahme auch dem Vermiether nicht abgesprochen werden, nicht sowohl wegen der unbestimmten Allgemeinheit der Gesetzesworte, als vielmehr weil ihm durch die gesetzmäßige Behandlung der Activmasse die Sicherheit für die regelmäßige Fortdauer der Gegenleistung entzogen werden muß.[1])

Wenn die Befugniß zur Compensation oder Retention in Frage kommt, so wird die Gegenseitigkeit von schuldigen Leistungen gleichfalls vorausgesetzt; Leistung und Gegenleistung bedingen sich aber nicht wechselseitig, sondern entweder nur einseitig oder gar nicht. Die unbedingte Zulassung jener beiden Rechte im Hamburgischen Concurse ist durch den art. 34 der Neuen Falliten-Ordnung so bestimmt entschieden, daß darüber nur eine kurze Reflexion am Platze seyn kann.

Der bekannte Satz, daß ein Schuldner des Falliten nicht mit der von einem Gläubiger desselben erst nach Ausbruch des Concurses ihm cedirten Forderung compensiren könne, wird nur gezwungen aus der Analogie der Fallitmasse mit einem gewöhnlichen Cessionar erklärt, der sich keine nach der Denunciation an den cessus entstandenen Einreden aus der Person seines Cedenten gefallen zu lassen habe. Einfacher, und auch für die ohne cessio bonorum eingeleiteten Concurse ausreichend, darf man darauf verweisen, daß durch Zulassung solcher Compensationen die Activa der Masse zu Gunsten einzelner Gläubiger absorbirt werden würden, anstatt zur theilweisen Befriedigung Aller zu dienen. Derselbe Gesichtspunkt könnte nun zwar auch dann, wenn die Gegenforderung dem Schuldner des Falliten schon vor dem Concurse erworben war, dazu führen, ihn mit derselben an die Fallitmasse zu verweisen; wenigstens wäre eine solche Trennung der, ursprünglich

---

[1]) Im Resultate stimmt hiermit die Ausführung des Oberappellations-Gerichts überein in den Entscheidungsgründen zum Urtheil Wex c. Cur. bon. Lübbers vom 16. Januar 1843.

von einander unabhängigen Ansprüche nicht, wie bei Verträgen auf welchelseitige Leistungen, juristisch undenkbar. Der Grund, weshalb diese Auskunft nur von wenigen Schriftstellern [1]) statuirt wird, liegt in der schon im Römischen Recht [2]) heimischen Vorstellung, daß die Compensation, sobald ihre Bedingungen vorliegen, von selbst und ohne Weiteres (ipso jure) eintrete, mithin durch ein späteres Ereigniß wie der Concurs des anderen Theiles nicht wieder rückgängig gemacht werden kann. Die Wirksamkeit dieser Rechtsanschauung ist überwiegend im Vergleiche zu der aus dem Sächsischen Recht in unsern tit. 23. P. I. Stat. übergegangenen processualischen Vorschrift, daß nur liquide Gegenforderungen zur Compensation tauglich seyen, und in richtiger Anerkennung, daß diese Zweckmäßigkeits-Rücksicht cessire, wenn sie zu einem ganz anderen materiellen Resultate (Verweisung der illiquiden Gegenforderung auf Locirung bei der Masse) führen würde, daß sie überhaupt nicht anwendbar sey, wenn die definitive Regulirung des Verhältnisses unerläßlich ist, wie im Concurse, — will art. 34. § 4 hier auch das Illiquidum cum liquido compensirt wissen.

Wenn aber die Objecte der Forderung und Gegenforderung unter denselben Personen nicht in Geld oder Fungibilien der nämlichen Art bestehen, so fällt damit die Voraussetzung weg, unter welcher die Aufrechnung jener Summen möglich und natürlich ist; die Gerechtigkeit realisirt sich alsdann in dem Grundsatze, daß man Jedem das Seine geben und Niemand dem Anderen das ihm Gehörige vorenthalten dürfe. [3])

---

[1]) J. B. von Mevius Decis. P. 7. Dec. 127.

[2]) L. 21. D. de compensat. (16, 3). "Posteaquam placuit inter omnes, id quod invicem debetur ipso jure compensari." L. 14 pr. C. eod. Folgen dieses Satzes sind namentlich die Sistirung des Zinsenlaufes (L. 11. 12. D. de compens. L. 4. C. eod.) und die Befugniß, das ungeachtet der Compensation Gezahlte zu condiciren (L. 10. § 1. D. eod.).

[3]) L. 25. § 1. D. soluto matrim. (24, 3). "Invitis nobis res nostras alius retinere non debet."

Von dieser Regel bildet das Retentionsrecht eine Ausnahme, die jedoch im Römischen Recht ihrem Umfange nach deutlich begränzt, und deren juristischer Charakter von den verwandten Instituten der Compensation und des Pfandrechts bestimmt genug zu unterscheiden ist. Denn während durch Compensation die Forderung des Gläubigers wie durch Zahlung getilgt wird, bezweckt die Retention nichts weiter als deren Sicherung; jene hat daher eine dauernde Wirkung, diese nur eine vorübergehende, und cessirt mit dem Hauptrechte, dessen Accessorium sie bildet; das Retentionsrecht wirkt nicht ipso jure, wie die Compensation, sondern nur mittelst Vorhaltung der exceptio doli. — Ferner erfordert das Retentionsrecht nothwendig den Besitz seines Objectes, was beim Pfandrecht nicht der Fall ist; es wird gegen den Willen des betheiligten Gegners ausgeübt, während das Pfandrecht auf ausdrücklicher oder als stillschweigend erklärt angenommener Einwilligung beruhet; es befugt nicht zur Veräußerung des Objectes und demnächstiger Befriedigung aus demselben, wie das Pfandrecht, gewährt auch nicht, wie dieses, eine dingliche Klage, sondern nur eine dilatorische Einrede. — Endlich ist gemeinrechtlich das Retentionsrecht durch Connexität der durch dasselbe zu sichernden Forderung mit der zu retinirenden Sache wesentlich bedingt, und es giebt nur gewisse Kategorieen dieser Verbindung, wie die der gemachten Aufwendungen, der Identität des Rechtsverhältnisses, auf welches sich die Pflicht zur Herausgabe gründet, und des aus der Sache entstandenen oder drohenden Schadens. Zu diesen auf innerer aequitas beruhenden Fällen verhält sich das Recht des Faustpfandgläubigers auch wegen sonstiger Forderungen das Pfand zu retiniren [1]) schon als positive Erweiterung; immer aber wird das Recht der Retention als eine besonders zu begründende exceptionelle Befugniß für solche Fälle behandelt, wo die Verweigerung dem vernünftigen Ermessen der Umstände als wirkliche Chicane (dolus) erscheinen müßte.

---

[1]) L. un. C. etiam ob chirogr. causam (8, 27).

Prüfen wir hiernach die gemeinrechtlich noch ungeschlichtete Streitfrage in Betreff des Retentionsrechtes im Concurse, so muß vor Allem das mißbräuchlich sogenannte qualificirte Retentionsrecht des Faustpfandgläubigers, d. h. sein Recht, sich für die Pfandschuld aus dem Pfande bezahlt zu machen, von den Fällen der eigentlichen Retention gesondert werden. In Betreff des ersteren ist neuerlich die Ansicht geltend geworden, [1]) welche im Systeme des Römischen, wie in der Natur des dinglichen Rechts ihr sicheres Fundament findet: daß der Faustpfandgläubiger sein Recht zwar unabhängig vom Concurse verfolge, aber daneben der möglichen Entwährung durch ältere oder sonst ihm vorgehende Hypothekgläubiger ausgesetzt bleibe. Dabei gelangt freilich der Grundgedanke des deutschen Concurses nicht zur vollen Anwendung; der Zweck einer gleichzeitigen definitiven Abwickelung aller Verhältnisse und das Bedürfniß ihrer planmäßigen Entwirrung erfordert nicht minder die Ablieferung der Faustpfänder zur Masse mit Vorbehalt der gesetzmäßigen Locirung, wie die Sistirung der Rechtsverfolgung durch einzelne hypothekarische Gläubiger, deren dingliches Recht von nicht geringerer Qualität ist als das mit dem Pfandbesitz verbundene. Hierauf stützt sich die zweite Ansicht, [2]) nach welcher das Faustpfand zur Concursmasse eingeliefert, und von dessen Inhaber seine Befriedigung nach der Priorität erwartet werden müsse. Diese beiden Meinungen müssen jedoch einer dritten [3]) dort weichen, wo ihr Fundament particularrechtlich aufgehoben, nämlich wo der unbedingte Vorzug des Faustpfandrechts vor den, auch älteren und privilegirten Hypotheken nach dem

---

[1]) So z. B. Thibaut System § 1225. Schweppe Concurs § 47. 60. Spangenberg in Linde's Zeitschrift Bd. 5. S. 196—203. Pfeiffer Pract. Ausführungen Bd. 2. S. 168. Sintenis Pfandrecht S. 245.

[2]) Dieser folgen z. B. Leyser, Dabelow, Claproth, Glück, Gönner, auch Bayer Concursproceß § 28.

[3]) von Mevius, Happel, Gans.

Princip "Hand muß Hand wahren" sich festgestellt findet. Hier ist der Pfandgläubiger vor der Entwährung des Pfandes durch das eben gedachte Princip, und vor der Concurrenz mit einfachen Gläubigern im Concurse, wie vor demselben durch sein dingliches Recht geschützt, dessen Ausübung ihm deshalb unbedenklich überlassen bleiben kann und bleiben muß.

Grade durch das Fehlen desjenigen Merkmals, welches den Grund und Inhalt des dinglichen Rechts constituirt, scheidet sich von den wesentlichen Befugnissen des Faustpfandgläubigers der Anspruch aus dem einfachen Retentionsrecht, möge er von dem Pfandgläubiger wegen chirographarischer Forderungen, oder von sonst Jemand erhoben werden. Dieser Anspruch müßte sich also im Concurse aus anderen und selbstständigen Argumenten zu behaupten wissen. Es ist jedoch ein hoffnungsloses Unternehmen, das Retentionsrecht mit der züchtigen Begränzung, die ihm das Römische Recht gesteckt hat, vor den Consequenzen des deutschen Concurses und jeder auf diesem Boden bleibenden Gesetzgebung retten zu wollen. Denn die Retention soll theils als psychologischer Impuls sich mit Demjenigen, von dem sie geübt wird, wegen seiner Forderung abzufinden, theils als Mittel wirken, ihm Sicherheit für die Befriedigung dieser Forderung zu verschaffen; sie gehört nach ihrem Endzweck zu der nämlichen Gattung von Rechtsmitteln wie Arrest und Execution, und muß mithin dem Concurse eben so weichen, wie mit seinem Eintritt jeder Particular-Arrest aufhört und der Lauf der Execution sistirt wird. Sie vermag aus sich selbst nur einen provisorischen Zustand der Detention zu bewirken, da sie nicht die Befugniß zur Veräußerung des retinirten Gegenstandes oder zur Befriedigung aus demselben in sich schließt, und doch ist die Nothwendigkeit einer solchen definitiven Erledigung jedes Schuldverhältnisses mit dem Begriffe des Concurses gegeben. Der Grund des Retentionsrechtes ferner ist keineswegs ein mehr oder weniger geschütztes dingliches, nicht einmal ein vertragsmäßiges persönliches Recht an der retinirten Sache, sondern lediglich die dem Inhaber zustehende

exceptio doli; dieser dolus wird aber, gelegentlich der Compensation, dahin präcisirt: daß es von einem solventen Kläger chikanös seyn würde, etwas zu fordern, wenn er das Nämliche oder eben so viel sofort zurückerstatten müsse, daß in solchen Fällen der Beklagte ein rechtmäßiges Interesse habe, lieber nicht zu zahlen, als das kaum Gezahlte zurückfordern zu sollen.[1]) Allein einer Fallitmasse gegenüber ist diese Instanz überhaupt eine ganz ungehörige; kein Richter wird eine an sich begründete Klage deshalb als chikanös mißbilligen oder gar zurückweisen, weil dieselbe unter ganz anderen, in Substrato aber nicht vorliegenden Umständen sich als ein Streit um bloße Proceßformen darstellen könnte, bei welchem die eine Parthei in Schaden und Weitläuftigkeiten ohne reellen Nutzen für die Gegenparthei geführt würde. In der That müßte eine solche poetisch-moralische Wendung in solchem Fall ganz am unrechten Platze erscheinen, denn das materielle Interesse der Concursmasse ist hier nichts weniger als illusorisch: es besteht genau in dem Ueberschusse des Werthes der zur Masse gehörigen Sache über dasjenige, was dem Inhaber derselben als Dividende seiner Forderung aus dem Concurse demnächst zu Theil werden kann. Mit dieser zwar prosaischen, aber schlagenden Replik werden die Vertreter einer Fallitmasse immer im Stande und verpflichtet seyn, die von dem Retentionslustigen wider besseres Wissen vorgeschützte Einrede der vermeintlichen Unbilligkeit erfolgreich zurückzuweisen. Wir citiren darüber noch die treffenden Worte eines neueren Schriftstellers über diese Frage:[2]) "Das Retentionsrecht ist zwar kein proceßrechtliches Executionsmittel, aber doch ein privatrechtliches Mittel, zur Zahlung anzuregen,

---

[1]) L. 8. pr. D. de doli mali exc. (44, 4). L. 173. § 8. D. de R. J. "Dolo agit qui petit quod redditurus est." L. 2. D. de compens. (16, 3). "Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere."

[2]) Schenck (Verfasser der "Lehre vom Retentionsrecht 1837") in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Bd. 13. S. 76.

und insofern ein Versuch, vom Schuldner sich Zahlung zu verschaffen; dasselbe ist zugleich, ähnlich wie Arrest und Execution, ein Mittel, die Befriedigung der Forderung durch Beschlagnahme der Sache zu sichern. Alle solche Mittel aber müssen mit Ausbruch des Concurses unkräftig werden, da derselbe nunmehr der einzige Weg, Befriedigung zu erlangen, ist. So lange der Schuldner noch nicht Cridar und deshalb noch willensfähig ist, kann man seine Zahlungslust durch Retention einer Sache zu steigern versuchen; allein mit ausgebrochenem Concurse wird jene Lust ohnmächtig, und darum die Retention zwecklos. Gegen die Concursgläubiger ein gleiches Reizmittel ausüben zu wollen, kann nach dem Zwecke und der Bedeutung des Concursverfahrens rechtmäßig nicht erscheinen, weil bei diesem nur nach dem Grade der Vorzugsrechte der einzelnen Ansprüche unter einander Befriedigung gewährt werden darf, die Retention als solche aber nur ein persönliches Recht zur Sache und kein jus praelationis wirkt, überhaupt auch jede Retention zugleich noch dem gegen ein Separatverfahren neben dem Concurse sprechenden Grundsatze widerstrebt. Der noch nicht insolvente Schuldner hat größere Freiheit, Befriedigung zu gewähren, und diese Freiheit durch Arrest, Execution und Retention gegen ihn zu verfolgen, ist erlaubt. Allein mit der Concurseröffnung sind von selbst sofort alle Ansprüche gegen den Schuldner nach dem Grade ihrer Vorzugsrechte unter einander locirt, und darum eo ipso alle solche Mittel, zur Zahlung zu gelangen, unanwendbar geworden, welche sich mit der Leistung der Befriedigung nach jener Locationsordnung und dem Grundsatze wider Separatverfahren neben dem Concurse nicht vertragen. Solche Mittel sind demnach nur Mittel gegen einen solventen, nicht aber auch gegen einen insolventen Schuldner und dessen Concursgläubigerschaft"

Das Hauptargument Derjenigen, die das Retentionsrecht im Concurse aufrecht erhalten wollen, besteht in dem Satze, daß das Corps der Gläubiger, da es den Gemeinschuldner repräsentirt, nicht mehrere Vermögensrechte haben könne,

als der letztere gehabt hat. [1]) Begreiflich kann das Gewicht dieses Einwandes nicht durch den Umstand gesichert seyn, daß das Retentionsrecht bei processualischer Verhandlung in Form einer Einrede geltend gemacht wird. Dasselbe hängt vielmehr von der tiefer schöpfenden Frage ab, ob die gegenseitigen Ansprüche durch eine wechselseitige Untrennbarkeit verknüpft — wie bei zweiseitigen Verträgen — oder durch die Homogenität ihrer Objecte zu einer arithmetischen Operation geeignet sind, wie bei der Compensation? Da nun die Retentionsfälle gerade diejenige Reciprocität umfassen, die sich sowohl dem einen wie dem anderen jener Merkmale entzieht, so kann auch die bloße Identität der Personen nur als ein unwesentlicher Umstand gelten, an welchen sich keine Folgen für das materielle Rechtsverhältniß mit Nothwendigkeit heften. Vielmehr muß auch hier, wo die nämlichen Subjecte als Träger von Rechten und Pflichten erscheinen, die Scheidung vollzogen und durchgeführt werden, deren Princip in dem unbestrittenen Gegensatze liegt, daß die Gläubigerschaft nur in die active Repräsentation des Falliten eintritt, während die correspondirende passive Vertretung den Begriff des Concurses aufheben würde. Um in dieser Beziehung zu anderen Resultaten zu gelangen, müßte ein anderer Weg eingeschlagen werden. Es ist nämlich eine die Fortbildung des Rechts interessirende, also eine legislative Frage, ob in Fällen, wo das römische Recht nur eine mit dem Eintritt des deutschen Concurses cessirende, Befugniß zur Detention bewilligt hat, der beabsichtigte Zweck sicherer oder vollständiger durch Einräumung eines dinglichen Rechts, etwa vom Inhalte des Pfandrechts, an der retinirten Sache zu erreichen sey? Und wenn zwar das Retentionsrecht an einer res nocens unseres Erachtens mehr der Zeit einer sinnlichen Rechtspoesie angehört, so liegt es doch nahe, jene Frage namentlich für

---

[1]) Spangenberg in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Bd. 5. S. 200. Schweppe System des Concurses § 60. Sintenis Pfandrecht S. 246.

die Kategorie der auf eine Sache gemachten Aufwendungen zu bejahen. Der keineswegs willkürliche Gedanke, welcher sich in der privilegirten Hypothek des Creditors zum Nutzen manifestirt, mag in systematischer Entwickelung dazu führen, Demjenigen, der als Besitzer den Werth einer fremden Sache durch nothwendige oder nützliche Verwendungen erhalten oder vermehrt hat, unter Umständen ein Faustpfandrecht wegen seiner desfallsigen Forderung zu ertheilen. Die Gesetzgebung, welche bei den ältesten stillschweigenden Pfandrechten davon ausging, den präsumtiv übereinstimmenden Willen der Partheien zu interpretiren, kann auch auf diesem Punkte dazu fortschreiten, den unbilligen Dissens Desjenigen zu vernichten, der die schutzbedürftige Situation des bonae fidei possessor dazu benutzen mögte, sich auf seine Kosten zu bereichern. Dies gilt jedoch nur de lege condenda.

Ganz anders ist der Ideengang unseres topischen Rechts. Ihm blieb das römische Bedürfniß fremd, einen speciellen Grund für solche Fälle aufzusuchen, in denen ausnahmsweise die innere Verbindung der Gegenforderung mit dem detinirten Gegenstande die Retention des letzteren rechtfertigen könne. Um die Zahl und den Inhalt von Connexitäts-Kategorieen hat es sich nicht gekümmert. Abstrahirt man von jenem Requisit, so bleibt nur noch das in der Neuen Falliten-Ordnung anerkannte, daß der Besitz kein vitiöser, sondern von dem Retinenten justo titulo erlangt seyn, mithin nicht auf offenbarer Widerrechtlichkeit beruhen müsse. [1] Im Uebrigen ist dann die Retention von Gegenständen, hinsichtlich deren die Auslieferungspflicht an sich nicht bestritten wird, bis zur Befriedigung einer aufgestellten Gegenforderung nur die Benutzung eines vortheilhaften factischen Zustandes, und deren Zulassung auch im gerichtlichen Verfahren kann keine

[1]) Dies fordert auch das römische Recht Schenck Lehre vom Retentionsrecht § 23. 24.

andere Bedeutung haben, als daß die Veränderung des thatsächlichen Zustandes mittelst einer Verurtheilung und Execution, durch Regulirung aller unter den Partheien bestrittenen Verhältnisse bedingt sey. Gleichwie aber diese Maxime wegen Illiquidität der Gegenansprüche der höheren Rücksicht weichen muß, daß der rechtmäßige Zustand wenigstens so weit als möglich, also zu Gunsten Desjenigen, der ihn zuerst (als Kläger) beantragt hat, realisirt werde, so stände namentlich im Concurse nichts im Wege, die Verurtheilung zur Auslieferung des Massegutes von der späteren Liquidirung der Forderung an die Fallitmasse zu trennen, und sie der letzteren voraufgehn zu lassen. Mit der möglichst weiten Ausdehnung des Retentionsrechts außerhalb des Concurses wäre also dessen Erlöschen mit dem Eintritt des Concurses völlig vereinbar, und aus den obigen Gründen geboten. Ein Gesetz, welches die Frage im entgegengesetzten Sinn entscheidet, beweis't damit nichts weiter, als daß es die Grundidee des Concurses nicht bis zu ihren nothwendigen Consequenzen verfolgen, sondern dabei zufälligen Umständen Rechnung tragen will, obschon es der ganze Zweck der Justizpflege ist, factische Zustände in die dem Recht gemäßen zu verwandeln. Freilich gelangt die Rechtsordnung, deren erste und dringendste Aufgabe darin besteht, ihre Normen und Einrichtungen an die Stelle der activen Privatgewalt treten zu lassen, erst später dazu, der eigenmächtigen Selbsthülfe auch dort entgegenzutreten, wo diese der Form nach als passive Vertheidigung des Besitzes, als Abwehr eines drohenden Verlustes erscheint. Die naive Energie des gesunden Egoismus sträubt sich, auf diesen wie auf anderen Gebieten, ihre subjectiven Prätensionen den Forderungen des objectiven Rechts im Collisionsfall unterzuordnen. In diesem Sinn meint Schweppe: "daß dem Gemeinwohl aller Gläubiger von Einzelnen ein Opfer gebracht werden müsse, ist im Concurse, wo es sich nicht um das Beste des Staates, sondern einzelner Berechtigten handelt, und nicht publicistische, sondern privatrechtliche Grundsätze die Richtschnur abgeben, ein wahrhaft lächerliches

Argument." [1]) Der Mikro-Communismus der Gläubigerschaft, und die proportionsmäßige Befriedigung aller Creditoren, die nicht etwa ein Vorrecht zu behaupten wissen, welches auch im Concurse vorzüglichen Rechtsschutz verdient, wird jedoch immer Denjenigen im günstigeren Lichte einer vernünftig ausgleichenden Gerechtigkeit erscheinen, welche nicht dabei interessirt sind, die Anwendung dieses Grundsatzes auf sie selbst zu bestreiten.

Für eine künftige Gesetzgebung wird übrigens bei Entscheidung dieser Controverse die kaufmännische Dialektik vermuthlich den Ausschlag geben. Nach dem bezeichnenden Ausdruck der Neuen Falliten-Ordnung steht das Retentionsrecht Denjenigen zu, "welche des Falliti Güter in ihrer Gewalt haben", denn sein historischer Boden ist kein tieferer, als die Vertheidigung der zufällig erlangten Detention zum Schutze eines, wenn auch ganz heterogenen Interesse. [2]) Gewalt und Zufall können allerdings keine Factoren für eine verständige und umsichtige Organisirung der Rechtsverhältnisse, wie sie der Concurs gebietet, bilden. Aber der Handelsverkehr, welchen schon die Verfasser der Neuen Falliten-Ordnung vor Augen hatten, liefert zugleich den Stoff für eine schärfere Kritik der vorhin gewonnenen Resultate. Diese

---

[1]) Schweppe System des Concurses § 60.

[2]) Die attractive Kraft des Concurses war bei uns nie vollständig entwickelt. Der seit 1647 unveränderte (Falliten-Ordnung von 1647 art. 2. Gerichts-Ordnung von 1711 tit. 54. art. 6. Neue Falliten-Ordnung art. 78. § 1) Inhalt des mand. arrest. verpflichtet Jeden, das was er dem Schuldner zugehörig in Händen hat, "ungeachtet einiger Compensation, Retention oder Prätension, so er dawider einzuwenden haben mögte," nicht etwa wirklich zur Masse einzuliefern, sondern nur ein schriftliches Verzeichniß davon dem Gerichtsschreiber zu übergeben, oder es ihm mündlich zu vermelden. "Denenjenigen aber, welche diesem Mandato pariret, und die unterhabende oder anderswo verarrestirte des Schuldners Güter, Gelder und Waaren angezeiget haben, soll dadurch an ihren Rechten, Actionen und Exceptionen durchaus nichts präjudiciret oder benommen seyn."

bestehen nämlich darin: daß die Compensation, als von selbst (ipso jure) eintretend, so wie ihre Bedingungen vorhanden sind, auch von dem nachher eintretenden Concurse des anderen Theiles gar nicht berührt wird, daß hingegen das Retentionsrecht, auch wenn es übrigens durchaus begründet gewesen wäre, mit dem Concurse des Gegners alle Wirkung verlieren soll. Das Substrat dieses vollständigen Gegensatzes liegt nicht etwa in einer (rechtlich oder processualisch) verschiedenen Natur der Forderungen, sondern nur in der verschiedenen Beschaffenheit ihres Gegenstandes, jenachdem dieser beiderseits auf Geld gerichtet ist, oder ganz oder theilweise auf andere Dinge; und dieser Unterschied würde gerade dort Platz greifen, wo dem solvent gebliebenen Contrahenten hauptsächlich daran gelegen seyn muß, denselben zu negiren. Ich sollte als Creditor einer Fallitmasse, wenn ich zugleich Käufer von bereits empfangenen Waaren war, zwar befugt seyn, meine Forderung durch Compensation mit dem schuldigen Kaufpreise zu tilgen, dagegen genöthigt werden, als Verkäufer einer bezahlten Waare dieselbe an die Masse abzuliefern, und mich begnügen müssen, meine sonstigen Forderungen dort anzumelden! Es ist gerade das Wesen des Handelsverkehrs, den Standpunkt, welcher zu solchen Subtilitäten führt, als einen überwundenen darzulegen. Auf dem Weltmarkte, wo Alles nur durch die höhere Einheit seines **Werthes** gemessen wird, erscheinen Geld wie Waare zu einander als Fungibilien einer Gattung, wegen der Leichtigkeit und der Bereitheit, je nach dem Bedarfe Eines in das Andere zu verwandeln. Ein solches ideelles Flüssigmachen des individuell Verschiedenartigen ist dem Concurse gegenüber um so natürlicher, weil ja ohnehin alle Theile der Fallitmasse dazu bestimmt sind, durch Veräußerung baldigst versilbert zu werden. [1]) Deshalb ist

---

[1]) Wir erinnern uns hierbei der deductio, welche nach **Gajus** 4, 65. 66 im älteren römischen Concurse dem bonorum emptor opponirt wurde. Ihr Unterschied von der Compensation bestand u. A. darin, quod in compensationem hoc solum vocatur, quod

auch das Bedenken, daß das Retentionsrecht an sich nur die Fortdauer des Besitzes verschaffe, ohne wie das Pfandrecht zur Befriedigung aus der Sache selbst zu führen, nur ein untergeordnetes, denn in Ermangelung einer Auslösung von Seiten der Masse kann die gerichtliche Befugung zum öffentlichen Verkaufe nachgesucht werden, und für das Resultat einer Versteigerung kommt wenig darauf an, von wem sie veranlaßt wurde. Es sind daher nicht die Grundsätze der Retention, vielmehr im Wesentlichen die für das Compensationsrecht bestehenden, welche hierbei die Kraft bewähren nicht nur sich selbst zu behaupten, sondern auch ihren Gegensatz in sich zu absorbiren. Außerdem aber sind damit zugleich für den Concurs (also auf dem eigentlichen Kampfplatze) die Verschiedenheiten zwischen dem Retentionsrecht und dem deutschrechtlichen Faustpfande verwischt; der Inhalt des letzteren wird nicht allein durch Vertrag und Gesetz, sondern eben so vollständig durch den unbeschränkten Rechtstitel des auf honnettem Wege erlangten Besitzes verschafft, und den bekannten römischen Satz [1]) muß man nun dahin variiren, daß von diesem freieren Standpunkte betrachtet das pignus und das Retentionsrecht im Concurse ihrer Wirkung nach nicht mehr zu unterscheiden sind.

---

Nachdem bisher die Rechtsgrundsätze, welche die Vertheilung der Activmasse unter die Gläubiger reguliren, berührt worden sind, würde zum Schluß noch die am Anfange dieses Abschnitts (S. 300) ausgesetzte Frage zu erledigen seyn: in welcher Form die unter den Concursgläubigern entstandene zufällige Gemeinschaft wieder aufgelös't wird? Die Antwort hierauf müßte einfach lauten, daß dieses durch die in unseren

---

ejusdem generis et naturae est, veluti pecunia cum pecunia compensatur . . . in deductionem autem vocatur et quod *non* est ejusdem generis."

[1]) L. 5. § 1. D. de pignor. "Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt."

Gesetzen,[1]) und namentlich in der Neuen Falliten-Ordnung mehrfach (art. 76. 83. 84. 85 u. s. w.) erwähnte, vom Niedergericht abzugebende Prioritäts-Sentenz zu geschehen hat, auf welche ein gerichtlicher Distributivbescheid nur deshalb nicht folgte, weil die Constituirung und Verwaltung der Masse lediglich dem Gläubiger-Ausschusse zugefallen war. Es bleibt daher nur übrig, dasjenige Rechtsinstitut ins Auge zu fassen, welches bei uns den Concurs mit seinen Grundsätzen und Formen zu verdrängen vermocht hat. Wir meinen das Accordverfahren.

Mit dem römischen Recht wurden im Mittelalter zwei verschiedene diesen Gegenstand betreffende Sätze bekannt. Um den guten Namen eines Verstorbenen zu schonen, konnte der Erbe vor Antritt der Erbschaft mit den Gläubigern derselben unter richterlicher Autorität einen Accord wegen Abfindung für bestimmte Procente unterhandeln. Hierbei war der Beschluß der, zunächst nach Größe der Forderungen berechneten Majorität auch für die dissentirende Minorität verbindlich; doch waren die Hypothekarien von einem solchen Vergleiche ausgenommen.[2]) Außerdem verordnete Justinian, daß ein unglücklicher Schuldner seinen Gläubigern die Wahl stellen könne, ihm entweder eine fünfjährige Frist zu bewilligen oder die Vermögens-Abtretung anzunehmen. Auch hier soll die Stimmenmehrheit nach Größe der Forderungen für das Eine oder Andere entscheiden, jedoch auch die Hypothekgläubiger zugezogen werden müssen.[3]) Nicht der erste, sondern der zweite dieser Sätze hat den Ausgangspunkt für unser jetzt gesetzliches Accordverfahren gebildet. Denn nach art. 9. tit. 43. Stat. (aus der Nürnberger Reformation) soll keiner von den Creditoren wider seinen guten Willen den vom

---

[1]) Art. 12. tit. 43. P. I. Stat. Falliten-Ordnung von 1647 art. 12. Gerichts-Ordnung von 1711 tit. 54. art. 43.

[2]) L. 23. D. quae in fraudem cred. (42, 8). L. 7. § 17—19. L. 8. 9. 10 pr. D. de pactis (2, 14).

[3]) L. 8. C. qui bonis cedere poss. (7, 71).

Schuldner proponirten Vertrag, ungeachtet wie viele der anderen Gläubiger darin consentiren oder wie hoch sich ihre Schulden erstrecken, zu belieben schuldig seyn, sondern ihm freistehn, wider den Debitor sein Recht auszuüben und dessen Person zu verfolgen. Wenn dagegen die Majorität der Creditoren, nach Größe der Schulden gerechnet, dem Debitor eine Dilation von etlichen Jahren bewilligt haben, so soll auch die Minderzahl, jedoch ohne einige Abkürzung ihrer bei dem Debitor ausstehenden Schulden, die verstattete Dilation bis auf fünf Jahre gegen genügende Versicherung (Caution) [1]) genehm zu halten schuldig seyn. Nach den Correctionen des Syndicus Möller sollten die mit ausdrücklicher oder stillschweigender Hypothek versehenen Gläubiger von diesem Zwange ausgenommen seyn, welcher auch nach der allgemeinen Meinung sich nur auf die chirographarischen Gläubiger bezog. [2]) Ob die bisher fällig gewordenen Zinsen dem Capitale gleich zu behandeln seyen, war zweifelhaft; dagegen sollte nach der Praxis, gegen die damalige Ansicht vom gemeinen Recht, [3]) der Zinsenlauf während der Dauer des Conventional-Moratoriums sistirt werden. [4])

An diesen letzten Punkt knüpfte sich in der nächsten Periode innerhalb gewisser Gränzen die Verwandlung des Moratoriums in einen erzwingbaren Nachlaßvertrag. Denn da ein erst nach mehreren Jahren ohne Zinsvergütung exigibeles Capital heute einen um den Betrag des Interusuriums geringeren Werth hat, so konnte die frühere Pflicht der überstimmten Minderzahl zur Fristbewilligung auch zu der Nöthigung benutzt und erweitert werden, sich gegen sofortige Baarzahlung einen verhältnißmäßigen Decort gefallen zu lassen, und zugleich

---

[1]) Vergl. L. 4. C. de prec. imp. off. (1, 19).

[2]) von der Fecht zu art. 9. tit. 43. Stat.

[3]) Gemeinrechtlich ist diese Frage, mit Unterscheidung zwischen Conventional- und Verzugszinsen, bestritten.

[4]) So scheinen die Bemerkungen von von der Fecht und Schreining zu art. 9. cit. vereinigt werden zu müssen.

war der insolvente Schuldner dadurch den Schwierigkeiten, eine Cautionsleistung für die Zukunft anzuschaffen, überhoben. Die Falliten-Ordnung von 1647 (art. 9) statuirt deshalb von dem ausdrücklich wiederholten Grundsatz, daß kein Gläubiger sich durch Andere sein Recht abvotiren zu lassen brauche, eine zwiefache Ausnahme: der Majoritätsbeschluß über eine fünfjährige Dilation gegen genügende Caution für das Capital mit den zur Zeit rückständigen Zinsen, oder statt dieser Caution baare Bezahlung mit Abzug von 5 Procent für jedes der 5 Jahre. Inscribirte und Faustpfandsgläubiger, so wie die nach tit. 5 P. II. Stat. den Hypothekarien vorgehenden, werden schon hier von solcher Verhandlung ausgenommen; "die übrigen Hypothekarien aber, welche entweder ausdrücklich bedingte oder stillschweigende Verpfändung haben, sollen sothane Dilation gegen genugsame Versicherung auf 5 Jahre, denen anderen Chirographarien und Buchschulden gleich, zu verstatten, oder anstatt dessen baare Bezahlung gegen Abzug der 5 Procent wie obgemeldet anzunehmen schuldig und gehalten seyn." An diesem Systeme intendirte das Concept der Gerichts-Ordnung von 1711 (tit. 54. art. 11) theils eine Beschränkung, theils eine exorbitante Erweiterung: es sollten "alle Creditores hypothecarii, und also noch viel weniger diejenige Creditores, die nach hiesigen Stadtrechten vermöge tit. 5 P. II. Stat. den Hypothecariis vorgezogen werden, zu solchem Vergleiche keineswegs wider ihren Willen genöthigt werden mögen." Dagegen ist nicht allein die Gränze des früheren Gesetzes von 75 Procent stillschweigend verschwunden, sondern statt des Uebergewichts der Mehrzahl über die Minderzahl wird jetzt jene durch diese gezwungen. "Sollte nun hierauf der dritte Theil der Creditorum chirographariorum (nach den Summen) einen Accord mit dem Debitore treffen, sollen die übrigen Creditores chirographarii, falls der debitor mit der Zahlung dem Accord gemäß sich beträgt, an solchen Vergleich verbunden seyn. Und da sie dasjenige, was ihnen pro rata zukommt, anzunehmen sich weigerten, soll selbiges so lange auf hiesiger Cämmerey deponiret werden und daselbst stehen bleiben, bis sie den ge-

troffenen Vergleich unterzeichnet." [1]) Es muß dahin gestellt bleiben, ob diese formulirte Willkür überhaupt jemals Boden in der Praxis gewonnen hat; die Börse läßt sich eine sie betreffende Unvernunft nicht so leicht octrojiren wie der populus. In den wenig späteren, von Langenbeck [2]) geschilderten Accord-Verhandlungen ist davon nicht weiter die Rede: hier erscheinen die Hypothekgläubiger in gemeinsamer Berathung mit den übrigen, ob sie eine Dilation verstatten, einen Accord eingehen oder Curatoren wählen wollen. "Belieben sie 2, 3 à 4 Curatores, werden selbe per majora erwählet ,und zwar 1 oder 2 aus denen hypothecariis und so viel aus denen chirographariis; es müssen aber alle creditores sammt und sonders consentiren, und können nach jetzigem Styl die majora noch sonst einer dem andern im geringsten nicht präjudiciren."

Wir erkennen aus diesen Notizen, daß die Neue Falliten-Ordnung in den früheren Gesetzen und der Praxis die verschiedenen Elemente zur Auswahl für das von ihr adoptirte originelle System vor Augen hatte: den Ausschluß gewisser Gläubiger von den Accordverhandlungen; die Concurrenz der Hypothekarien zu denselben mit den Buchschulden; die Unterwerfung der Einzelrechte unter den Willen der Mehrzahl, und eine noch weiter gehende gesetzliche Begünstigung der Abmachung auf dem Accord-Wege. Das Gesetz erwähnt (art. 1) die Privatconvocation der Gläubiger durch den Schuldner, um ihnen einen Accord anzubieten, jedoch nur als Veranlassung zu einer allseitig freiwilligen Uebereinkunft, denn falls auch nur ein Gläubiger die Annahme verweigert, so ist die Fruchtlosigkeit jenes Versuches ein Indicium für Bewirkung des Universalarrestes, und später sind alle Privat-Zusammenrufungen der Creditoren, mögen sie vom Schuldner selbst oder von seinen Gläubigern ausgehen, ausdrücklich verboten (art. 2. § 3). Der Accord, als ein nach besonderen Grundsätzen für das gegenseitige Verhältniß der Gläubiger zu regulirendes Rechts-

---

[1]) Der letzte Satz ist die Quelle des art. 73 der Neuen Falliten-Ordnung.

[2]) Comm. zu art. 5. tit. 43. P. I. Stat.

geschäft, kann also nach Eintritt der formellen Insolvenz nur unter den Auspicien der Fallitcommission geschlossen werden. Jene Grundsätze sind gesetzlich aufgestellt; jede Abweichung davon durch besondere Begünstigungen Einzelner ist ungültig und bei Strafe verboten (art. 56). Ihre Anwendung kann jedoch sowohl von dem Falliten selbst als von den Curatoren veranlaßt werden: der Fallit darf einen Accord bei seinen Creditoren nach der vorgeschriebenen Norm sollicitiren, nur muß derselbe den Curatoren eingehändigt und von diesen der Commission übergeben werden (art. 54). In Entstehung dessen liegt es den Curatoren ob, in gewisser Frist sämmtlichen Gläubigern den Accord-Entwurf in Commissione vorzulegen (art. 45). — Der Inhalt des Accordes kann, abgesehen von der im dritten Additional-Artikel normirten Uebernahme der Masse durch einen Dritten, möglicher Weise dahin gehen, daß ein Schuldner, der sich durch sein aufrichtiges Betragen bei den Gläubigern in besonderen Credit gesetzt hat, von ihnen der Aufsicht der Curatoren entschlagen, und die Direction und Verwaltung der Güter ihm selbst wieder übergeben wird; hierzu ist die Genehmigung von ¾ der Creditoren, nach den Summen gerechnet, erforderlich (art. 37). Sonst besteht er in Austheilung der verwertheten Activmasse nach Proportion der darauf angewiesenen Forderungen. Die letzteren werden in drei Klassen, ältere Hypothekarien, jüngere Hypothekarien und Buchschulden, getheilt, welche nach dem Verhältniß von 4, 3 und 2 an der theilweisen Befriedigung participiren (art. 48. 49). Wenn sonach diese drei Klassen resp. 40, 30 und 20 Procent, entweder baar oder in Jahresfrist erhalten können, so soll der Accord ein nothwendiger seyn und darf von den Gläubigern nicht abgelehnt werden. Trägt die Masse weniger aus, so steht es zwar in der Creditoren Willkür, ob sie einen förmlichen Concurs moviren oder sich vergleichen wollen; sind aber ¾ für letzteres, so ist der übrige vierte Theil, er bestehe in Buchschulden oder Hypotheken, sich den Accord gleichmäßig gefallen zu lassen schuldig (art. 50). Hinsichtlich der in der Fallitcommission nicht erscheinenden Gläu-

biger wird deren Beitritt zu dem dort vorgelegten Accorde fingirt (art. 52).

Der Kritik präsentirt sich dieses System als der abentheuerlichste Weg zu einem vernünftigen aber unklaren Ziele. Die Verfasser der Neuen Falliten-Ordnung erklären, daß sie vor Allem bedacht gewesen seyen, die übermäßig vervielfältigten und ausgedehnten gerichtlichen Concurs-Processe möglichst zu vermindern, und ohne dieselben den Gläubigern zu dem Ihrigen zu verhelfen. Der natürliche Weg bei einer solchen Tendenz würde darin bestanden haben, sich zu einer Hauptreparatur an dem verfallenen Werke der Vorfahren zu entschließen, also den Stadtrechtstitel "vom Vorgange der Gläubiger" nach wohlgeprüften Grundsätzen zu revidiren, und die gerichtliche Procedur durch Befreiung von allen misbräuchlichen Auswüchsen zu vereinfachen. Allerdings ist auch ein großer Theil des Gesetzes einer Nachhülfe in dieser doppelten Richtung gewidmet. Allein die formelle Concursprocedur müßte, so lange man sie als den möglichen Krieg jedes Betheiligten gegen alle übrigen auffaßt, wie eine Hercules-Arbeit, zumal bei schriftlichem Verfahren, sich erweisen, und eine befriedigende Prioritätsordnung ist, als Prüfstein für manche Parthieen des Vermögensrechts, eine zwar sehr würdige aber auch schwierige Aufgabe für den Gesetzgeber. Das practische Bedürfniß und der matte Geist einer den unabhängigen Gerichten abholden Zeit hatte bereits in dem früher von uns geschilderten gütlichen Verfahren vor Rathscommissarien einen Nothbehelf erfunden; diesen Pfad zu ebenen, ihn unbekümmert um alle Abnormitäten zu befestigen und als den allein seligmachenden anzupreisen, dazu mußte den Rath die nämliche Politik drängen, welche noch bis zum Jahr 1852 jede gesunde Reform der Rechtspflege zu vereiteln gewußt hat. "Wir haben — so versichert das Publications-Patent — keinen bessern Weg vor uns gefunden, als die außergerichtliche Abmachung der Fallitsachen in die Stelle der bisherigen geldspilligen Verfolgung treten zu lassen, und des Endes jederzeit eine Commission unsers Mittels verordnet, vor welcher unter der Commissariorum Auctorität

die Berathschlagungen der Creditorum angestellet und alle und jede Fallitsachen regulariter ausgemacht werden sollen."

Irgendwie "abgemacht" sollten die Fallitsachen werden; es kam darauf an "unter schon gedachter Auctorität der Herren Commissariorum und unter der Beschaffung der Curatorum zu einem Accord die freie Bahn zu öffnen." Jene Auctorität konnte, als ungeprüft, sich conserviren, wenn unter ihren Auspicien die convocirten Gläubiger zu einmüthigen Beschlüssen gelangt waren; aber ihre gefährliche Machtlosigkeit hatte sich verrathen müssen, wenn einzelne Gläubiger, statt die wohlmeinende Proposition mit gebührendem Danke anzunehmen, sich herausnahmen, von der Schlußklausel "oder auf Art und Weise wie Creditores gefällig zu verfahren" für ihren Theil Gebrauch zu machen. Um dem in Zukunft vorzubeugen, beschloß man, "alle Weitläuftigkeit abzuschneiden, welche die oft zu weit getriebene Härte dieses oder jenes Creditoris, entweder aus einem gemißbrauchten Vorrechte (!), oder aus bloßer Willkür und Eigensinn zum Schaden aller übrigen zum öftern in den Weg geleget hat." Das Mittel für diesen Zweck, für die Verhütung eines Concursverfahrens, das man nicht gründlich reformiren wollte, war der gesetzliche Zwang zur Annahme des vorgelegten Accordes, nebst dem Requisit einer größeren als $\frac{3}{4}$ Majorität, wenn es Einzelne dilettiren sollte, sich unter Einschuß der nöthigen Kosten servato ordine über die Vertheilung einer leeren Masse zu streiten. Als probat hat sich dieses Mittel unstreitig insofern bewährt, als seit seiner Einführung niemals wieder ein gerichtlicher Concurs verhandelt worden ist. Aber seltsamer Weise bildet dieses ehemals außergerichtliche modo handelsgerichtliche Accordverfahren jetzt denselben gefürchteten Hintergrund, in welchen damals der, tractu temporis verschollene, eigentliche Concurs gestellt wurde. Der unter den Auspicien eines anspruchslosen aber intelligenten Buchhalters zu Stande gebrachte Privataccord unter Administration ist der, von der Gesetzgebung sich selbst überlassene aber allseitig erwünschte Weg, um die Nachtheile der Publicität für den Schuldner, den

größeren Verlust an Zeit und Kosten für die Gläubiger zu vermeiden.

Obschon der juristische Maaßstab bei dieser Parthie unserer Falliten-Ordnung an lauter irrationale Größen gelegt werden muß, wollen wir doch versuchen, der Sache auf den Grund zu dringen. — Die Freiheit und Sicherheit alles Verkehrs hängt davon ab, daß die subjectiven Rechte, auch wo sie in dem hülfsbedürftigen Gewande von rechtmäßigen Forderungen erscheinen, nicht minder heilig gehalten und eben so kräftig geschützt werden wie der tadelfreie Besitz. Dieser Schutz wird aber einem wohlerworbenen Rechte eben so weit entzogen, als die Art und das Maaß seiner Befriedigung fremdem individuellen Belieben preisgegeben ist. Wir haben daher früher (S. 299) mit Behutsamkeit die Gränze aufgesucht, in welcher es möglich und rathsam seyn kann, die Gläubiger eines insolventen Schuldners auf eine für Alle verbindliche Beschlußfassung nach dem Stimmenmehr zu verweisen. Diese Bedingung ist die präsumtive Identität des Interesse für jeden Einzelnen, und die Anwendung davon unbedenklich hinsichtlich der thunlichsten Vergrößerung der Activmasse, also auf alle Maaßregeln zu ihrer vollständigen Auffspürung und Herbeischaffung, zu ihrer sparsamen und nutzbringenden Verwaltung, endlich zu ihrer vortheilhaftesten Veräußerung. Den Gegensatz jener Identität bildet das Auseinanderhalten der verschiedenen Interessen, welches deren gänzliche oder theilweise, mögliche und wirkliche Collision in sich schließt. Solche Disparitäten sollen nicht durch Gewalt beseitigt, sondern von der Gerechtigkeit geschlichtet werden; ein mit anderen collidirendes Interesse verdient auf keinen Fall die Erwürgung unter dem Mißbrauch scheinbar rechtlicher Formen und Vorwände, sondern daß in seiner Gleichberechtigung die Freiheit der Person, welche sein Träger ist, zur Anerkennung gelange. Dieser entscheidende Gegensatz findet in folgender Stufenfolge seine Erläuterung:

1. Nach art. 21. § 2 der Neuen Falliten-Ordnung soll, was der größte Theil der Creditoren in der Fallit-Commission

zum Nutzen der Masse beschließt, gelten und von Curatoribus bonorum ohne Einrede zur Execution gebracht werden. Wie aber, wenn die überstimmten Gläubiger behaupten, daß es eben an jener Voraussetzung fehle, daß es sich hier nicht um eine Frage der individuell verschiedenen Auffassung, sondern um einen Beschluß direct zum Schaden der Masse handle, und wenn sie dabei von der formellen Sachlage unterstützt werden, also wenn auf die Beitreibung eines Activi wegen seiner Unsicherheit verzichtet, oder die Anfechtung einer vom Schuldner getroffenen nachtheiligen Disposition unterlassen wird? Die ältere und neuere Praxis [1]) hat hier die sehr richtige Lösung gefunden, welche eine Unterwerfung unter fremde Willkür nicht weiter fordert als zur geordneten Abwickelung des Ganzen unentbehrlich ist, indem in jenen Fällen der etwaigen Minoritat überlassen bleibt, die von der Mehrzahl für unzweckmäßig erachtete Maaßregel für eigenen Gewinn und Verlust zu ergreifen, also den zweifelhaften Proceß auf ihre Kosten durchzuführen u. s. w.

2. Das Urtheil über die Ausdehnung, in welcher die singuläre Römische Bestimmung vom Gerichtsgebrauch auf Nachlaßverträge als Mittel, den Concurs abzuwenden, angewandt wird, hängt davon ab, ob sich in dieser Beziehung ein vorwiegender Einklang der Gläubiger-Interessen

---

[1]) Vergl. Hasche Erläuterung Th. 2. S. 348. 349. Ein Erkenntniß des Obergerichts vom 22. November 1822 besagt: "Daß das handelsgerichtliche Erkenntniß vom 7. October d. J., da der art. 21 der Neuen Falliten-Ordnung jeden von der Mehrheit der in commissione erschienenen Gläubiger genommenen Beschluß für verbindlich für Curatores bonorum erklärt, welche gesetzliche Verfügung jedoch das Recht der dissentirenden Gläubiger, einen solchen Commissionsbeschluß aus einem zu Recht beständigen Grunde anzufechten nicht ausschließt, dieser Grund mag sich nun auf die Beschaffenheit der Ansprüche Desjenigen beziehen, zu dessen Gunsten ein Commissionsbeschluß genommen worden, oder auf andere in der Person der in Commissione erschienenen Gläubiger liegende Gründe rc. rc." .

auffinden läßt? Der insolvente Schuldner wird dabei seinen Creditoren gegenüber als eine Macht vorausgesetzt, mit welcher zu transigiren die Verringerung des sonst eintretenden Verlustes rathsam machen könne. Allerdings war diese Auffassung in den Verhältnissen des Mittelalters begründet: der flüchtige Fallit war jenseits der nahen Gränze sammt seiner Habe schwer erreichbar, und es galt ihm gleich, ob die Gefangenschaft, der er entrinnen wollte, von einem Gläubiger oder von allen über ihn verhängt würde. Deshalb war damals die — wirkliche oder rechtlich fingirte — Willenseinheit der Gläubiger vonnöthen, wenn irgend etwas zu ihren Gunsten durch Unterhandlung erzielt werden sollte. Anders, trotz der Kleinstaaterei, ist dies schon in unserer Zeit, oder muß es werden: mit dem Verfall des brutalen Schuldthurms und dem Aufkommen einer etwas weniger unvernünftigen Handhabung der Fallitgesetze ist die Flucht des Schuldners zur seltenen Ausnahme geworden. Beruft man sich darauf, [1]) daß er die Bedingung stellen könne, nur gegen Zusicherung eines gewissen Nachlasses zurückkehren, oder weggebrachte Papiere und Effecten zurückliefern zu wollen, so würde das nur die tadelnswerthe Ohnmacht der Justiz aufdecken, die vielmehr ihn auch ohne solche Transactionen zur Abtretung seines ganzen Vermögens zwingen, oder dasselbe auch ohne sein Zuthun herbeizuschaffen wissen muß. Sonach bliebe nur der Fall übrig, wo ein Dritter einen Zuschuß unter der Bedingung offerirt, daß ein allseitig genehmigter Privataccord ermöglicht werde. Aber unsere tägliche Erfahrung zeigt, daß es dabei keines Majoritätszwanges, der uns in diesem Stadium abhanden gekommen ist, bedarf, um die Gläubiger über ihr wirklich übereinstimmendes Interesse zu belehren; und ein dafür etwa aufzuwendendes Extra-Opfer ist ein weit geringeres Uebel, als die Aufwärmung einer juristischen Monstrosität seyn würde.

---

[1]) Schweppe Concurs § 19.

3. Noch in der Gerichtsordnung von 1711 (tit. 54. art. 2) werden als alternative Zwecke des dem Schuldner bewilligten freien Geleites erwähnt: entweder "um mit den sämmtlichen Creditoren oder aus denselben erwählten Deputirten einen raisonnabeln und beliebigen Accord zu treffen, oder auch sein ganzes Vermögen aufrichtig zu cediren." Denn ein von den Gläubigern freiwillig beliebter Accord besteht nur aus einer Reihe von einzelnen Nachlaßverträgen, für welche die Voraussetzung, daß jeder Mitgläubiger das gleiche Schicksal theile, nur einen juristisch gleichgültigen Beweggrund bildet, und wobei dem Schuldner auch dann, wenn Einzelne durch den Beschluß der Mehrzahl gebunden werden konnten, der etwaige Rest seines Vermögens unbestritten verbleibt. Gelingt es dagegen nicht, auf diesem Wege das förmliche Fallissement abzuwenden, so entsteht mit dessen Eintritt von selbst ein ganz neues Rechtsverhältniß: die zufällige Gemeinschaft aller Gläubiger unter sich, welche als ihr Object das schuldnerische Vermögen als ein ideales Ganze erfaßt, und nach irgend welchen Rechtsnormen, sey es der proportionellen Gleichheit oder der gesetzlich anerkannten Priorität, aufgelöst werden muß. Eine Gesetzgebung, die sich ihrer Aufgabe bewußt bleibt, wird hierbei durch Aufstellung eines wohlerwogenen und möglichst einfachen Systemes von Grundsätzen und Formen das mit jedem Fallissement für alle Betheiligten unvermeidlich verbundene Uebel zu verringern trachten; auch mag sich in der Anwendung nicht selten Veranlassung finden, um einzelne factische oder rechtliche Verwickelungen zwischen einzelnen Gläubigern und anderen oder allen auf dem Vergleichswege zu ebenen; allein zur Organisirung des Widersinns von Zwangsvergleichen bietet sich bei dieser Abwickelung für die Politik des Privatrechts durchaus kein Stoff dar. Ein solcher müßte nämlich in Modificationen an dem sonst eintretenden Verhältnisse der Gläubiger unter einander, oder der Gläubiger zum Schuldner bestehen. Für dieses letztere bleibt, nach Abtretung des ganzen Vermögens mit den gesetzlichen Ausnahmen, haupt-

sächlich nur die Frage der künftigen Nachforderung übrig; schlimmer aber als das Gesetz es zuläßt, kann der Schuldner auch durch einstimmigen Beschluß der Gläubiger nicht gestellt werden; eben so wenig günstiger, da nach Aufhebung der vorübergehenden Communion die ursprünglichen jura singulorum wieder selbstständig neben einander bestehen, und Jeder nur für den eigenen Antheil auf das Fortbestehen seines Forderungsrechts ganz oder theilweise verzichten mag. Nicht minder ist die Concurrenz bei Vertheilung der vorhandenen Masse durch arithmetische Nothwendigkeit, soweit nicht eine Prioritätsordnung davon positiv abweicht, fest regulirt; jedem Einzelnen wird dadurch die ihm gebührende Stelle bezeichnet und angewiesen, mit welcher er sich zwar begnügen muß, die aber von dem eigennützigen Belieben aller Uebrigen niemals entzogen oder verkümmert werden darf.

Gleichwohl ist grade auf diesem Punkte die Verwirrung aller Begriffe in der Neuen Falliten-Ordnung augenscheinlich. Indem das Gesetz jeden auf Zahlung dringenden Gläubiger in sehr behenden Formen an die Nachsuchung des Universalarrestes und sofortige Bewirkung der Fallitcommission verweist, hat es auf jede Einmischung behufs Abwehr der universellen und officiellen Procedur verzichtet, vielmehr die desfallsigen Bemühungen ausschließlich dem Schicksal der Privatindustrie überlassen. Von dem Schreckbilde des niedergerichtlichen Concurses sind, bis auf den Namen und die schließliche Prioritätssentenz, alle wesentlichen Theile für das sogenannte Accordverfahren beibehalten und auf den Anfang der ganzen Verhandlung zusammengedrängt: die Curatorenwahl, die Beschlagnahme, der Manifestationseid, das mandatum arr., die Edictalladung, kurz Alles, wodurch der Concurs den Charakter eines öffentlichen, nach festen Regeln unter amtlicher Controle betriebenen Verfahrens erhält. Das Verfahren ergreift von selbst das gesammte Vermögen des Schuldners, um aus allen seinen Theilen die Activmasse zu constituiren, und so liegt virtuell ein wirklicher Concurs mit etwas modernisirter Gestalt vor Augen. Auch wird der

vorgeschriebene Accord regelmäßig gar nicht mit Zuziehung des Schuldners, sondern über die Vertheilung seiner Habe unter den Gläubigern allein verhandelt. Aber dabei darf nicht etwa eine gleichmäßige oder den concreten Verhältnissen entsprechende billige Vertheilungsnorm beantragt und ausgemittelt werden; sondern der Inhalt dieses Quasi-Accordes steht als eine abstracte Schablone in dem gesetzlichen Verhältniß der Hypothekgläubiger zu den Buchschulden im voraus unumstößlich fest, und es kann sich immer nur um das Dilemma handeln, ob man sich dieser Repartitionsmethode fügen, oder lieber die sonst gesetzliche Vertheilungsart walten lassen wolle? — Merkwürdig ist hier auch die Anwendung der Abstimmung nach Größe der Forderungen, wodurch der Zweck erreicht werden soll, "daß Derjenige, der einen größeren Antheil an der Creditmasse hat, auch einen größeren Antheil an den Berathschlagungen haben möge." Obgleich die privilegirten Gläubiger insofern den größten Antheil an der Creditmasse haben, als von der letzteren nur Dasjenige, was nach völliger Befriedigung Jener übrig bleibt, den andern Gläubigern zu Theil wird, so sind sie doch des Votums unbedingt beraubt, weil das Gesetz voraussetzt, daß die Masse für sie immer 100 Procent abwerfen werde. Das Interesse, dessen Maaß das Gewicht des Votums bestimmen soll, richtet sich also nicht danach, was man zu fordern hat, sondern nach Demjenigen, was man je nach dem Ausgange entweder erwerben kann oder kraft Rechtens zu verlieren besorgen muß. Nur bei einer einfachen pro rata Vertheilung bleibt das Resultat dasselbe, ob man nach der Größe der Forderungen oder nach der dafür zu erwartenden Dividende rechnet. Es ist aber klar, daß ein Hypothekgläubiger, der im gerichtlichen Concurse den Rest der Masse für sich allein davontragen würde, von den Stimmen der Chirographarien erstickt werden muß, die natürlich den Accord beschließen, um mit ihm theilen zu können; daß, unter den Pfandgläubigern selbst, die älteren stets für den Concurs, die jüngeren, welche dabei leer ausgehen, für den Accord stimmen werden u. s. w. Auch ist

dafür gesorgt, daß die ganze Abstimmung nur den Scheinwerth hat, wie etwa die Bewilligung von Steuern, welche man nicht verweigern darf, indem der Accord nur dann nicht angenommen zu werden braucht, wenn nicht leicht Jemand einen Grund hat, sich ihm zu widersetzen, und dies dennoch von mehr als ¾ der Stimmen geschieht. — Beim Lichte betrachtet, ist demnach das Practische dieser ganzen Accordtheorie die Substituirung einer neuen gesetzlichen Prioritätsordnung, eines Prätorischen in bonis, neben welchem das nudum jus Quiritium nur noch auf dem Papiere fortbesteht. Die Verfasser dieser ingeniösen Imitation bekennen selbst, daß sie damit den Vorrechten, welche von den Inhabern gemißbraucht seyen, entgegentreten wollten; nur liegt die Frage sehr nahe, wie die legale Benutzung eines gesetzlich ertheilten Vorrechts ein Mißbrauch seyn könne, und weshalb, wenn der Gebrauch dem Gesetzgeber als eine "zu weit getriebene Härte" erscheint, er nicht diesen schädlichen Vorrechten mit einem Federstrich ein Ende macht? Statt dessen soll "eine billige Proportion zwischen den Pfand- und Buchgläubigern aller Orten zum Grunde liegen," damit "niemand vor dem andern entweder allein leer ausgehen, oder allein zu dem Seinigen gelangen möge." Der Rath behauptet (art. 48), daß er "nach reiflicher Ueberlegung der Sachen, und nachdem er sowohl den Nutzen des Credits als des Commercii dabei in reife Erwägung gezogen, die billigste Proportion darin gefunden habe, daß die ältesten creditores hyp. allemal gedoppelt so viel als die Buchschulden, die jüngeren hypothecarii aber noch ein halb mal so viel als die chirographarii bekommen müssen." Diese Behauptung addressirt sich zur Legitimation ihrer Untrüglichkeit nicht mehr an die practische Vernunft, sondern ist eine Sache des Glaubens und des Geschmacks. Ein dingliches Recht, dessen juristischer Gehalt im umgekehrten Verhältniß zu den daneben vorhandenen persönlichen Schulden steigt und fällt, eine Hypothek, die nach art. 49 halb alt und halb jung seyn soll: — das sind für keusche Ohren un-

leidliche Tändeleien, die sich jeder ernsten Beurtheilung entziehen.

Da indessen diese barokken Schnörkel sich unläugbar in unserem Rechtssystem eingebürgert haben, so ist es von Wichtigkeit, sie mit der am Schluß des vorigen Paragraphen (S. 360 flg.) aufgestellten Concursordnung genauer zu vergleichen. Die Darlegung der letzteren war, obschon für die geltende Praxis antiquirt, gleichwohl unentbehrlich, um den Umfang der durch das gesetzliche Accordverfahren an dieser seiner Grundlage vorgenommenen Aenderungen festzustellen und zu verstehen. — Unabhängig von der Entscheidung, ob es zum Concurs oder zum Accorde kommt, ist das Recht der Separatisten (vergl. S. 328), Derjenigen, die ihr Eigenthum vindiciren (S. 338 flg.), der Inhaber von Servituten, der Faustpfandgläubiger und der absolut privilegirten Gläubiger (unsre zweite Concursklasse) nach art. 17. lit. f. art. 22. 60. § 1 der Neuen Falliten-Ordnung. Das Nämliche ist von dem gesammten Inhalte der ersten Concursklasse, d. h. von den privilegirten Specialhypotheken bis zum Werthe ihres Pfandes (oben S. 360) zu behaupten. Diese Klasse umfaßte zunächst die im Stadtrentebuch versicherten Forderungen, von welchen art. 60 ausdrücklich sagt, daß sie zu keinem Accorde genöthigt werden können, sondern ihre Befriedigung ante omnes creditores erhalten. Von dem übrigen Inhalt dieser Klasse werden daneben nur diejenigen namentlich erwähnt, "die sich sonst nach dem Stadtbuche an die liegenden Gründe halten können." Allein dieser ungenaue Ausdruck muß in doppelter Richtung erweitert werden: theils auf die erst von der Falliten-Ordnung selbst creirten oder modificirten Rechte dieser Art, theils auf Objecte einer privilegirten Hypothek, die nicht in liegenden Gründen bestehen, zumal da der Titel des Stadtbuchs keinen einzigen hierher gehörigen Fall enthält, der speciell auf Grundstücke beschränkt wäre. Wir haben deshalb nur auf die frühere Ausführung und Zusammenstellung S. 352. 361 zu verweisen.

An dem Accorde nehmen demnach überhaupt nur die in den drei letzten Klassen des Hamburgischen wie des gemeinrechtlichen Concurses rangirten Gläubiger Theil. Die Zahl dieser Klassen bleibt auch für den Accord die gleiche, denn die Neue Falliten-Ordnung (art. 49. § 2) statuirt deren "immer drei, und nicht mehr oder weniger, wovon die zwei ersteren die Pfandverschreibungen, die letztere aber die Buchschulden, ohne darauf zu sehn, wie stark derselben Anzahl seyn mögte, ausmachen." Da nun die Klasse der Chirographarien mit der letzten Klasse des Concurses identisch ist, so muß auch den Hypothekarien beim Accorde der Inhalt der dritten und vierten Concursklasse, also der nicht privilegirten gesetzlichen und Conventional-Pfandrechte sammt den mit einem privilegium exigendi versehenen Forderungen zusammengenommen, correspondiren. Die Summe aller dieser Forderungen soll (art. 49. § 1) in der Mitte durchgeschnitten, und dadurch, mit Rücksicht auf die verschiedenen data, die beiden Hälften bestimmt werden, deren erstere die älteren, die zweite die jüngeren Pfandgläubiger in sich schließt, welche unter sich und mit den Buchschulden nach der Proportion von 4, 3, 2 im Accorde concurriren. Um diesen Plan durchzuführen, werden die drei Inhaber von priv. exigendi, nämlich der zu entschädigende Deponent, die Forderung für veräußertes Speditionsgut und das unverzinsliche Darlehn, um ihnen den Vorzug vor den Buchschulden und die Nachbarschaft zu diesen zu bewahren, in die Klasse der jüngeren Hypothekarien gesetzt (art. 71), und falls es darauf ankommen kann, d. h. "wenn keine sonstige oder nur wenige hypothecarii seyn mögten," so bleibt ihre Ordnung unter sich behufs Application des nöthigen Durchschnitts dieselbe, wie sie für den Concurs vorgeschrieben ist. Als Hypothekarien in der Bedeutung des Accordverfahrens finden sich also zusammen:

a) Die so eben erwähnten, mit einem priv. exigendi für den Concurs versehenen Forderungen.

b) Sämmtliche nicht inscribirte Conventional-Hypothekgläubiger, mit einziger Ausnahme Desjenigen, der sich durch

ein pactum reservatae hypothecae seinen Platz unter den privilegirten Specialhypotheken gesichert hat (vgl. S. 360 lit. B.); namentlich auch die Wechselbriefe, welche zugleich eine Pfandverschreibung enthalten nach dem dato der Verschreibung, zufolge art. 63.

c) Die Inhaber gesetzlicher Pfandrechte am ganzen Vermögen. Von den oben S. 354 nachgewiesenen vier Fällen wird hinsichtlich der Pupillen, welche von ihren Vormündern oder Eltern zu fordern haben, in art. 59. § 1 ausdrücklich verfügt, daß sie sich den Accord, wie andere Creditores gefallen lassen müssen, und nach der Zeit ihrer stillschweigenden Hypothek in die erste oder zweite Klasse der Hypothecariorum kommen. [1]) Die Corporationen werden mit der stillschweigenden Hypothek im Vermögen ihrer Vorsteher "nach dem dato, da die Administration ihren Anfang genommen, in dem Accord oder Prioritäts-Urthel collocirt," (art. 69) und unstreitig sind Forderungen der Concursgläubiger im Fallissement der Curatoren eben so zu behandeln. — Endlich wird den im Stadt- oder Land-Rentebuch inscribirten Forderungen für den aus der Special-Hypothek nicht gedeckten Theil ein Recht an die Masse, mithin auch zum Accord zugesichert, und zwar für Capital und zweijährige Renten unter den Hypothekarien (art. 60. § 2. art. 61. § 4). [2])

---

[1]) Hierin hat die Neue Falliten-Ordnung das vor ihr bestandene Recht geändert, nach welchem die Minderjährigen in obigem Fall nicht am Accorde Theil nahmen. Falliten-Ordnung von 1647 art. 9. Gerichts-Ordnung von 1711 tit. 54. art. 11.

[2]) Zum Verständniß der art. 60. 61 der Neuen Falliten-Ordnung excurriren wir in Beantwortung folgender Fragen: 1) Recht der Zinsen im Concurse. Nach richtiger Theorie kann zwar der Concurs nicht als Anfangspunkt von Verzugszinsen gelten, weil mit ihm eine die Annahme der mora ausschließende Unmöglichkeit der Zahlung eintritt (L. 17. § 3. D. de usuris), dagegen können während des Concurses Conventionalzinsen fällig werden, deren Entstehungsgrund in einem früher geschlossenen Vertrage liegt, und die bis zum Anfange des Concurses aufgelaufenen Zinsen gehören

Alles ist sonach deutlich entschieden, bis auf einen Punkt: das Verhältniß der Special- zu den Generalhypotheken. Aber auch im gemeinrechtlichen Concurse ist diese Frage

---

immer zu den bei der Masse zu liquidirenden Forderungen. Dies wird auch gegen den Falliten so weit anerkannt, daß mit der Austheilung an die Gläubiger, falls die Masse so weit reichen sollte, fortgefahren werden soll, bis Capital und Zinsen bezahlt sind (Addit. Art. 1), und daß den Falliten bürgerliche Nachtheile treffen, so lange er nicht seine Creditoren wenigstens an Capital zum Vollen befriedigt hat (Addit. Art. 4). Wie aber rangiren die Zinsen im Verhältniß der Gläubiger zu einander? Der gemeinrechtliche Satz, daß Zinsen die nämliche Priorität genießen wie die Hauptforderung, deren Accessorium sie bilden (Schweppe Concurs § 80) war in art. 12. tit. 5. P. II. Stat. sowohl hinsichtlich der stillschweigenden als der Conventional-Hypotheken ausgesprochen: sie sollen "nach eines jeden dato sowohl an der Hauptsumme als hinterstelligen verfallenen Zinsen bezahlet werden." Als Ausnahme von dieser Regel erschien damals die Beschränkung der Priorität für im Stadtrentebuch inscribirte Pöste auf die Zinsen des letzten und des laufenden Jahres. Die Correctionen intendirten diese Beschränkung auf die Interessenten jeder einzelnen Concursklasse unter sich, unbeschadet des Vorranges älterer Zinsen vor den Forderungen der folgenden Klassen, zu generalisiren. (Syndicus Möller zu art. 12. cit. S. 296.) Allein die Praxis folgte im 17. Jahrhundert dem Sächsischen Recht, welches aus Zinshaß und Billigkeitsgründen alle Zinsen erst nach Befriedigung sämmtlicher Hauptforderungen zuließ, sie mithin in der Regel von der Berücksichtigung im Concurse völlig ausschloß. (Hinsch zu art. 12. cit. p. 295. "Nunquam hodie in Concursu adjudicantur usurae, et hic articulus contraria consuetudine mutatus." Krieger introd. cap. 11. Sect. 7. § 8. "Quod ratione sortis in concursu obtinet, etiam de usuris intelligi deberet, quia eodem jure ac sors ipsa censentur vigore art. 12. tit. 5. Stat. At praxis hanc dispositionem eousque mutavit, ut plane nullae usurae in concursu adjudicentur, excepto solo creditore juniore hereditatem aliquam liberare volente.") Nicht so weit ging die Falliten-Ordnung von 1647, welche vielmehr (art. 9) im Widerspruch mit der noch später sich erhaltenden Praxis (vergl. von der Fecht und Schreining zu art. 9. tit. 43. P. I. Stat.) den Gläubiger zur Bewilligung der fünfjährigen Dilation an den Schuldner nur dann verpflichtet,

bis auf die neueste Zeit nicht in's Klare gebracht. Es kommt darauf an, ob hierbei das Alter der verschiedenen Pfandrechte den Ausschlag geben, oder ob ohne Rücksicht darauf das

---

wenn "ihm genugsame Versicherung für seine Schuld an Capital und auf die Zeit nachständigen Zinsen bestellt würde. Sie läßt aber die Zinsen der gewöhnlichen Hypothekarien im Concurse nur dann zur Perception kommen, nachdem auch die jüngeren Hypothekgläubiger für ihre Capitalforderungen völlig befriedigt sind. "Jedoch sollen in Fallissementen, welche sich nach Publication dieser Ordnung begeben werden, diejenigen Creditores, welche nicht im Stadtbuch vergewissert seyn oder kein handhabendes Pfand haben, sondern andere ausdrücklich bedingte oder stillschweigende Verpfändung haben, ein jeder nach seinem dato zuerst das Capital, und wenn alle Capitalen bezahlt seyn, alsdann seine hinterstellige und verfallene Zinsen ebenmäßig nach seinem dato aus des Fallirten Gütern, wie die zur Zeit des Fallissements befunden und beschrieben seyn, empfangen, und hinführo die ältere Hypothecarii ihrer Zinsen halber von den jüngeren, so lange dieselbe ihrer Capitalen halber nicht bezahlet seyn, keiner Priorität oder Vorzugs genießen." (Art. 12; wiederholt Gerichts-Ordnung von 1711 tit. 54. art. 44). Nur Minderjährige für ihre Forderungen aus der Administration sollten auch der Zinsen halber, so weit sie derselben sich von den andern Contutoren nicht würden erholen können, ihre Zeit und Vorzug vor anderen Creditoren genießen. (Falliten-Ordnung von 1647 art. 12. Gerichts-Ordnung von 1711 tit. 54. art. 46). — Hieran schließen sich die Bestimmungen der Neuen Falliten-Ordnung art. 61. Der Inhaber eines Faustpfandes oder einer Specialhypothek mit Einschluß der im Stadt- und Land-Rentebuch Versicherten macht sich aus dem Pfande, so weit dasselbe reicht, auch für die sowohl nach als vor der Insolvenz laufenden Zinsen bezahlt. (§ 3.) Die übrigen Hypothekarien, ferner die eben genannten Gläubiger so weit ihr Pfand nicht zureicht, und bei der Allgemeinheit des Ausdrucks auch die Buchgläubiger, dürfen die Zinsen nach declarirter Insolvenz der Masse überhaupt nicht zur Last bringen. (§ 2.) Was die Zinsforderung bis zur declarirten Insolvenz betrifft, so werden derjenigen für Buchschulden auch die der Hypothekgläubiger mit Einschluß der aus ihrem Specialpfande nicht befriedigten gleichgestellt, d. h. sie werden nicht mehr zwischen die Capitalforderung der Pfandgläubiger und die Buchschulden, wie nach den früheren Gesetzen, eingeschoben, sondern rangiren mit einfacherer

specielle Pfandrecht an einem in dem Inbegriff des allgemeinen wieder enthaltenen Gegenstande einen Vorzug genießen soll? Das Römische Recht hat sich consequent und unum-

---

Willkür bei dem gesetzlichen Accorde in der letzten Klasse, unter den Chirographarien. (§ 1. 4.)

2) Das Recht der inscribirten Hypotheken an die Concursmasse. In Sachen der Rentener Jocob Schiphauers gegen dessen gemeine Creditoren wurde im Jahr 1544 erkannt: "da die gemeinen Creditoren das Erbe nicht antasten und den Rentenern ihre Rente bezahlen wollen, so mögen die Rentener (des Stadtbuchs) das Erbe sammt den beweglichen Gütern antasten und ihre Rente daraus erholen." Dieses Erkenntniß veranlaßte bei der zweiten Revision des Stadtrechts von 1605 den Bürgermeister Möller, im art. 12. tit. 5. P. II nach der Bestimmung, daß der ältere inscribirte Gläubiger bei der Entsetzung nur eine zweijährige Rente zu fordern habe, den Satz einzuschalten: "Jedoch ist gedachten älteren Creditoren ihre Action wegen der von etlichen Jahren aufgewachsenen Renten gegen den debitorem hiemit nicht benommen, sondern es haben auch gemeldte Gläubiger in Concursu Creditorum gedachter Renten halber in anderen des Schuldners Gütern nach ihrem dato des Vorzuges zu genießen." Er machte im Rathe dieses Recht als eine gesetzliche und zwar auch gegen ältere Pfandgläubiger am Vermögen privilegirte Hypothek der inscribirten Gläubiger geltend, und bewirkte, daß im Jahr 1617 zweimal nach diesem Grundsatz entschieden wurde. (Bürgermeister Möller und Elan zu art. 12. cit. S. 296. 297. 298.) Auch nach den Correctionen sollten "die Hypothecarii vor gänzlicher Befriedigung des im Stadtbuche eingeschriebenen Hauptstuhles und Zinsen zu ihrem Capital nicht gelangen können." (Syndicus Möller zu art. 12. cit.) Wir sehen jedoch aus den Commentarien, wie dieser Satz schon in der späteren Praxis und Rechtsansicht nicht unbestritten blieb. Während derselbe einerseits nicht allein auf Renten bezogen, sondern auch auf abgetretene und im öffentlichen Verkauf verloren gegangene Capitalien angewandt wurde, hielten Manche zu seiner Begründung die Ausstellung einer Obligation mit ausdrücklicher Generalverpfändung über den inscribirten Posten, (einen sogenannten Rentebrief) für erforderlich, und wollten dessen Inhaber nach dem Datum dieser Verschreibung unter den übrigen Hypothekarien locirt wissen, indem widrigenfalls dem Inhaber des Postens nur ein Platz unter den Chirographarien gebühre. (Vergl. Pensborn zu art. 1. tit. 5. P. II. Stat. S. 281.

wunden für den Vorrang nach dem **Alter** ausgesprochen: "Qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo potior est cui postea praedium ex his bonis datur, quamvis ex

---

Schreining, von der Fecht, Hinsch zu art. 12. cit. S. 297. 298.) Der Actuar **Müller** († 1733), welcher erwähnt, daß zu seiner Zeit mehrfach in diesem letzteren Sinn entschieden sey, erklärt sich dafür, daß solchen inscribirten Gläubigern zwar an dem übrigen Vermögen kein gesetzliches Pfandrecht, aber ein gesetzliches Privilegium von gleichem Gewichte competire. (**Müller** zu art. 12. tit. 4. P. II. S. 278.) Die Neue Falliten-Ordnung hat dieser Controverse dadurch ein Ende gemacht, daß sie ältere als zweijährige Renten für den gesetzlichen Accord unter die simplen Buchschulden (art. 61 a. E.), dagegen inscribirte Gläubiger, "wenn sie gleich mit **keinem** Rentebriefe versehen" in Ansehung des Capitals unter die Hypothekarien nach dem Datum der Einschreibung des Postens oder Zuschreibung des Grundstücks verweis't. (Art. 60. § 2.)

3) Anspruch der inscribirten Gläubiger auf die **Einkünfte** des verpfändeten Grundstücks. Daß dem Hypothekgläubiger, der aus dem Verkauf des Grundstücks im Concurse des Schuldners nicht befriedigt wird, nach heutigem Recht **kein** Separationsrecht auf die Revenüen zusteht, ergiebt sich aus dem Erkenntniß des Niedergerichts vom 9. Juli 1849 in Sachen Dr. Bielenberg m. n. c. Cur. bon. Schäfer. "Da die angestellte Klage theils von dem Kläger als verlierendem hypothekarischen Gläubiger des Schäferschen Grundstücks auf Abrechnung über die seit der Insolvenzerklärung des Falliten aus dem Grundstück von den cur. nom. Beklagten gezogenen Revenüen und Auskehrung des Reinertrages nach Abzug der Zinsen und onera gerichtet ist, theils ..., da aber, so viel den ersten dieser Anträge betrifft, die im Stadtrentebuch inscribirten Hypothekgläubiger zufolge art. 60 der Neuen Falliten-Ordnung sich zunächst gar nicht bei dem über ihren Schuldner eingeleiteten Accordverfahren zu betheiligen haben, vielmehr erforderlichen Falles ihre Specialhypothek prosequiren, und nur, sofern sie daraus nicht vollständige Befriedigung finden, für die Restforderung bei der Fallitmasse collocirt werden, da sie ferner nach art. 22. No. 8, falls die Revenüen des Grundstücks so viel abwerfen, auch ihre rückständigen Zinsen erhalten, was hinsichtlich des Klägers im vorliegenden Fall unbestritten geschehen ist, im Uebrigen aber aus diesem Gesetze kein Grund für den Anspruch zu entnehmen ist, daß die Einkünfte des Grundstücks, falls sie einen

celeris pecuniam suam redigere possit." [1]) Eben so unser Stadtrecht in art. 13. tit. 5. P. II: "Auch wenn einem in gemein alle Haab und Güter, und folgends dem anderen ein besonder Stück von denselben Gütern ausdrücklich verpfändet worden, so hat der erste auch den Vorgang in dem hernach einem andern besonderlich verpfändeten Gute." Bei diesem Grundsatze bleibt z. B. Dabelow auch für den deutschen Concurs stehen: "Gläubiger, die ein allgemeines Pfandrecht haben, werden in dieser Klasse (der dritten) ganz, andere hingegen, die nur mit einem speciellen Unterpfande versehen sind, in so weit befriedigt als die ihnen verpfändete Sache die Bezahlung abwirft... Sonst kommt in Ansehung des Vorzugsrechts nichts darauf an, ob ein Vorzugsrecht ein allgemeines oder besonderes ist. Denn allemal geht ein besonderes älteres dem allgemeinen jüngeren, und ein allgemeines älteres dem besondern jüngeren vor. Es kann daher ein älterer allgemeiner Pfandgläubiger in dieser Klasse aus allem Vermögen des Schuldners, selbst auch aus dem besonders verpfändeten, seine Befriedigung begehren, wenn auch dadurch

---

Ueberschuß abwerfen, speciell zur Abtragung des Capitals der Hypothekschulden verwendet werden müßten oder dürften; da vielmehr in dieser Hinsicht dem hypothekarischen Gläubiger gegen eine Fallitmasse keine anderen oder größeren Rechte zustehen wie gegen einen solventen Schuldner, und dem letzteren gegenüber Jener an solchen Einkünften kein besonderes von dem übrigen Vermögen zu unterscheidendes vorzügliches Executionsobject für seine Capitalforderung acquirirt, seitdem der frühere Achterfolgungsproceß gesetzlich aufgehoben ist, welcher allerdings die Möglichkeit und Rechtmäßigkeit einer solchen Separation durch die immissio ex primo decreto und die damit verknüpfte Verwaltungs-Befugniß des Prosequenten practisch vermittelte; da ferner der dritte Additional-Artikel das Verhältniß der Masse-Curatoren zu den Hypothekgläubigern des Grundstücks gar nicht berührt, und die Behauptung eines schuldvollen Verzuges der Beklagten auf das Verhältniß des klägerischen Prosequenten keine Anwendung leidet... daß m. n. Kläger mit der von ihm erhobenen Klage abzuweisen."

[1]) L. 2. D. qui potiores (20, 4).

nichts für den mit einer Specialhypothek versehenen Gläubiger übrig bleiben sollte." [1]) Andere Schriftsteller haben sich bemüht, für den Concurs ein, die Billigkeit möglichst gleichmäßiger Befriedigung berücksichtigendes, aber sehr künstliches System aufzustellen. [2]) Dagegen ist nicht allein schon früh die Theorie aufgestellt, daß von dem Generalpfandgläubiger das Specialpfand nur in Subsidium, wenn das übrige Vermögen unzureichend ist, angegriffen werden dürfe, [3]) sondern es hat sogar ein unbedingter, um die Priorität der Zeit unbekümmerter, Vorrang des speciellen Pfandrechts vor dem generellen, Vertheidiger gefunden. Thibaut urtheilt darüber: "man wird fast überall finden, daß die Leute fest daran glauben, der ältere bloße Generalpfandgläubiger müsse dem jüngeren Specialpfandgläubiger weichen. Falsch ist freilich diese Idee, aber für den gemeinen Verstand nicht unnatürlich." [4]) Auch in den Hamburgischen früheren Concurs scheint diese Meinung Eingang gefunden zu haben. [5]) Sie kommt jedoch bei uns nur in dem beschränkteren Gebiete der vertragsmäßigen Hypotheken in Betracht, denn für die gesetzlichen ist die Sache anderweitig und zwar dahin entschieden: daß alle stillschweigenden Specialpfandrechte zugleich privilegirt sind, wogegen die gesetzlichen Pfandrechte am ganzen Vermögen sämmtlich nur mit den conventionellen zugleich rangiren. Eine Collision zwischen diesen und jenen ist also, da sie im Accorde wie im eigentlichen Concurse ganz separirten Klassen angehören, nicht denkbar.

---

[1]) Dabelow Concurs (ed. 1) Th. 2. S. 317.

[2]) Guyet im Archiv für civ. Praxis Bd. 18. S. 365 folg. Sintenis Pfandrecht S. 471—481.

[3]) Schweppe System des Concurses § 51. So verfügte auch die Nürnberger Reformation und der ihr folgende Entwurf unseres Stadtrechts von 1603. (Neue Ausgabe S. 298.)

[4]) Thibaut im Archiv für civ. Praxis Bd. 17. S. 28.

[5]) Krieger introd. in prax. cap. 11. Sect. 7. § 6. "Classis secunda comprehendit hypothecarios privatos cujuscunque generis, ita tamen ut speciale pignus vel hypotheca praeferatur generali."

Was aber den hiernach verbleibenden Rest der Frage, insbesondre das Schicksal der conventionellen Specialhypotheken im Accordverfahren, betrifft, so lehrt Hasche: "Es kommt darauf an, ob aus dem verhypothecirten Stücke des schuldnerischen Vermögens so viel gelöset wird, als die übrigen Gläubiger Procente erhalten. Ist dieses, oder eigentlicher, wird mehr aus diesem Gute gelös't, so erhält der Gläubiger die bemerkten Procente; aber der Ueberschuß gehört mit zu der Masse, nach welcher die Austheilung berechnet ist. Wird aus dem Gute weniger gelös't, so kann der Gläubiger nur dieses erhalten; er wird also nicht so viel Procente bekommen als die übrigen Gläubiger, er wird aber mit dem Reste der Summe, wofür er keine Procente erhalten hat, mit unter die Chirographarien gesetzt werden müssen." [1]) Der Gedanke dieser Ansicht geht dahin: das Specialpfand sey als solches nur in so weit zu behandeln, als es dem Pfandgläubiger nachtheilig ist; wenn es aber ihm im Verhältniß zu seinen Mitgläubigern Vortheil bringen würde, sich auf diese Position zu berufen, so müsse er als genereller Pfandgläubiger fingirt werden, der mit den übrigen dieser letzteren Art concurrirt. Ob eine solche Löwen-Hypothek zu einer "billigen Proportion" im Sinne der Neuen Falliten-Ordnung führen würde, muß dahin gestellt bleiben; uns scheint jene Hypothese eben so wenig mit der gesetzmäßigen Stellung von der Zeit nach früheren Generalpfandrechten, wie mit der in der Neuen Falliten-Ordnung vorgeschriebenen Amalgamirung aller vereinbar. — Der Grund, weshalb die Neue Falliten-Ordnung, obgleich sie übrigens die verschiedenen Gattungen gehörig durchdacht hat, diesen Fall unbeachtet läßt, liegt ohne Zweifel in der Erfahrung, daß derselbe im Leben nicht vorkomme. Denn es liegt für den Gläubiger keine denkbare Veranlassung vor, sich mit der aus dem beschränkten Umfange des vertragsmäßigen Specialpfandes resultirenden geringeren Sicherheit zu begnügen, und wenn schon bei den Römern die alltägliche

---

[1]) Hasche Erläuterung der Neuen Falliten-Ordnung Th. 2. S. 455. 456.

Form der Schuldverschreibungen es mit sich brachte, daß neben einer etwaigen speciellen Verpfändung einzelner Vermögenstheile zugleich die generelle Hypothek am ganzen Vermögen bestellt wurde, [1]) so ist gewiß die übliche Klausel "sub hypotheca bonorum," oder "bei Verpfändung meiner Haab und Güter," oder eine ähnliche, in welcher nach L. 9. C. quae res pign. die Verpfändung des jetzigen und künftigen Vermögens gefunden werden soll, das Wenigste, was der Schuldner seinem Gläubiger an Sicherheit darbieten wird; wenn dann mit ihr noch eine besonders hervorgehobene Hypothek an einzelnen Gegenständen verbunden wurde, was jedoch heute nicht leicht vorkommt, so ist das in dieser Beziehung natürlich ohne Einfluß.

Ueberblickt man zum Schluß das die Vertheilung der Masse betreffende System unserer Falliten-Ordnung im Ganzen, so zeigt sich, daß sie nur wenige Schritte von dem Ziele jedes organischen Concursgesetzes entfernt geblieben ist. Wenn dieses letztere von dem Fundamentalprincip einer gegenseitigen gleichmäßigen Beschränkung in der Befriedigung aller Ansprüche an den Schuldner ausgehen muß, so verlangt dagegen die Förderung des Credites als der Seele alles Verkehrs solche Rechtsinstitutionen, durch welche der Einzelne, ungeachtet aller Wechselfälle, Schutz und größtmögliche Sicherheit für seine Forderung genießen könne. Da aber jeder Concurs durch seinen Eintritt den Grund des Vertrauens auf die Person des Schuldners, d. h. auf sein Glück oder Geschick, unvermeidlich widerlegt, so ist für die Gesetzgebung im Zusammenhange mit der Concursordnung die in seinem vorhandenen Vermögen zu statuirende Sicherheit das Entscheidende.

---

[1]) L. 15. § 1. D. de pignor. (20, 1). "Quod dicitur, creditorem probare debere, quum conveniebat rem in bonis debitoris fuisse, ad eam conventionem pertinet quae specialiter facta est, non ad illam quae cottidie inseri solet cautionibus, ut specialiter rebus hypothecae nomine datis, cetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet et quae postea acquisierit, perinde acsi specialiter hae res fuissent obligatae."

Der hiermit aufgewiesene Widerspruch complicirt die Aufgabe und reducirt sie auf das Bestreben, unter mehreren Uebeln das kleinere zu wählen. Die Sicherheit des Einzelnen an einem ihm verhafteten Vermögen wird, in Aussicht auf den Concurs, gefährdet, theils durch Vermehrung der Passivmasse, theils durch Schmälerung seines Antheiles an der Activmasse. Da er gegen Ersteres nicht geschützt werden kann, [1]) so bleibt nur die Frage: unter welchen abstracten Bedingungen, also in welchen Rechtsformen ein ihm im Concurse sich bewährender Vorzug an dem Vermögen als Ganzes oder an einzelnen Objecten zugesichert werden dürfe? Ueber die in möglichst sparsamem Umfange aus concreten Gründen zu vertheidigenden Separations-, Vindications- und diesen sich anschließende Fälle war schon früher die Rede. Die Verfolgung des Eigenthums im Concurse des Inhabers der Sache entspricht der axiomatischen Natur dieses Rechts auch nach Deutschen Begriffen; dagegen wird die Möglichkeit des Pfandrechts gefordert von dem übereinstimmenden Interesse des Schuldners, seine Werth-Objecte lieber zu verpfänden, als sie unwiderruflich zu veräußern, und demjenigen des Gläubigers, der nicht ihm unnöthige Gegenstände erwerben, sondern mit Sicherheit auf die Rückzahlung seines Geldes rechnen will. Dem Bedürfnisse des Realcredites wird aber genügt durch die beiden Formen der Verpfändung mit Uebertragung des Besitzes (als rechtlich geschützter factischer Ausschließlichkeit der Macht an einer Sache) und mit Inscription in die nach den Grundsätzen der Publicität und Specialität angelegten Hypothekenbücher, welche durch juristisch construirte Ausschließlichkeit den fehlenden Besitz ersetzt. Durch die Veränderung des Besitzers (beim Faustpfande) und die Offenkundigkeit der Inscription werden zugleich die Bedenken für den Personalcredit so weit möglich gehoben. Bis so weit ist also eine wesentliche Veränderung unseres bisherigen Rechtes kein Bedürfniß; das

---

[1]) "Nam licet alicui, adjiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriorem conditionem." L. 1. §2. D. de separat (42, 6).

letztere erstreckt sich nur auf die Römische Form oder vielmehr Formlosigkeit der Privathypothek und die willkürlichen privilegia exigendi. Von den privilegirten Specialhypotheken (wozu bei uns auch alle gesetzlichen gehören) sind einzelne von keinem practischen Werth, namentlich das Pfandrecht des Legatars am Erbtheil des Onerirten, und des Cautionsberechtigten am Grundstück des Erbgesessenen. Das Conventionalpfandrecht des Darleihers zum Ankauf und das gesetzliche des Darleihers, Lieferanten und Arbeiters an dem zu erbauenden Hause ist durch einen Rechtstitel zur Inscription in das Stadtrentebuch vollkommen zu ersetzen, und wir behalten dann in dieser Klasse nur das, dem besonnenen Personalcreditor unnachtheilige Recht des Vermiethers an den inferirten Mobilien. — Die nicht privilegirten Privathypotheken sind bei uns theils vertragsmäßige, theils allgemeine gesetzliche; sie bilden bei dem Zwangsaccorde nach ihrem Alter die beiden ersten Klassen, im Gegensatz zu den simpeln Buchschulden. Die Neue Falliten-Ordnung hat es (art. 47) so einrichten wollen, "daß eine billige Proportion unter den Hypothek- und Chirographar-Gläubigern beobachtet werde, damit jene sich ihres Vorzugsrechts zwar zu erfreuen haben, diese aber auch nicht gänzlich leer ausgehen dürfen." Von den beiden hier combinirten Tendenzen ist die letztere für die Gerechtigkeit und den schutzwürdigen Personalcredit allein entscheidend, die erstere dagegen erscheint für den Standpunkt des Gesetzgebers als die wunderlichste Wendung. Das einfache Mittel nämlich, damit Niemand weiter darauf Anspruch mache, sich solcher innerlich ungesunden Vorzugsrechte erfreuen zu wollen, besteht darin, daß sie gesetzlich abgeschafft werden. Das Wesen der Hypothek, auch der privaten, liegt in ihrer Verfolgung gegen jeden dritten mittelst der hypothekarischen Klage; davon kann in Hamburg außerhalb des Concurses weder bei Mobilien — nach dem Grundsatze, Hand muß Hand wahren — noch bei Immobilien nach erfolgter Umschreibung an den gutgläubigen Acquirenten die Rede seyn. Gegen den Schuldner selbst muß, seitdem es wegen jeder Forderung

eine Execution in das Vermögen giebt und diese die einzig zulässige ist, die Verfolgung der Specialhypothek als überflüssig, die mit einer Hypothek am ganzen Vermögen etablirte willkürliche Auswahl der Executions-Objecte aber als unstatthaft erscheinen, sofern sie in Widerspruch mit den durch höhere Rücksichten dictirten Stufenfolgen einer vernünftigen Executionsordnung treten will. Von den vier gesetzlichen Generalhypotheken läßt sich diejenige für inscribirte Hauspöste wegen des beim Verkauf des Specialpfandes ungedeckt gebliebenen Restes unmöglich vertheidigen; das Pfandrecht der Pupillen gegen den Vormund, wegen der Ansprüche aus seiner Verwaltung, ist durch das beste unserer Gesetze, die Vormundschaftsordnung, entbehrlich geworden; der Vorzug der Kirchen und Stiftungen gegen ihre Administratoren, wie der Concursgläubiger im Concurse ihrer Curatoren, muß durch gegenseitige collegialische Controle ersetzt werden. Sonach fragt sich nur noch: ob es sich als nothwendig oder zulässig vertheidigen läßt, wenn ein Schuldner für den Fall seiner Insolvenz einzelnen Gläubigern den doppelten oder anderthalbfachen Betrag von demjenigen, was ihnen sonst gebühren würde, auf Kosten der anderen Creditoren nach eigenem Belieben dadurch zuwendet, daß er sich ihnen unter der Klausel "bei Verpfändung meiner Haab und Güter" oder "sub hypotheca bonorum" verpflichtet? Wenn eine aus ihrem Schlummer zum Bewußtseyn erwachende Gesetzgebung diese Frage verneint, so wird sie ohne große Mühe durch Säuberung und Vereinfachung der Concursgesetze gleichmäßig der Gerechtigkeit und dem Credit einen wesentlichen Dienst geleistet haben.

## § 8.

## Der Fallit in und nach dem Concurse.

Das Zusammenfassen und die gesetzmäßige Vertheilung des vorhandenen Vermögens ist die bisher betrachtete unmittelbare Folge der constatirten Unfähigkeit eines Schuldners zur vollständigen Befriedigung seiner Gläubiger. Wir haben

jetzt den etwaigen anderweiten Einfluß des Concurses auf den Schuldner, also auf seine Person und auf später von ihm erworbenes Vermögen zu prüfen. Daß diese Fragen sich sowohl auf die Dauer des Concursverfahrens wie auf die Zeit nach dessen Beendigung beziehen, bemerken wir, um keinen der hiernach sich ergebenden vier Hauptpunkte unberücksichtigt zu lassen. Die Antwort auf jene Fragen kann aber eine allgemein für jedes Fallissement gleichgeltende, oder eine je nach der Veranlassung der Insolvenz oder nach dem Ergebniß für die Gläubiger verschiedene seyn.

Von solcher Unterscheidung bieten uns die Quellen des Römischen Rechts kaum eine entlegene Spur. [1]) Dagegen liegt dieselbe schon deutlich dem ältesten Reichsgesetz über diesen Gegenstand, der Reichs-Polizeiordnung von 1548 tit. 22 zum Grunde:

"... So setzen ordnen und wollen wir, daß solche Handthierer und Gewerbsleut, so sie fürsetzlicher oder betrieglicher Weiß, und nicht aus kundlichem zugestandenen Unfall ausstehen, Banckerott machen und austrinnig werden, hinfüro von keiner Herrschaft oder Oberkeit aufnommen, noch ohn Willen der Gläubiger verleydet und geduldet, sondern, wo betretten, zu Hafften angenommen, den Klägern zu Recht gehalten, und nach Gestalt der Sachen gestraft, auch, so sie wieder zu häuslichen Wohnungen kommen, alsdann zu keinen Aemtern oder Dignitäten gezogen werden sollen. Wären sie aber aus kundlichen und unversehenlichen zugestandenen Un-

---

[1]) L. 1. Cod. Theod. qui bonis ex lege Julia ced. (4, 20). "Ne quis omnino, vel fisci debitor vel alienae rei in auro atque in argento diversisque mobilibus retentator ac debitor, bonorum faciens cessionem liberum a repetitione plenissima nomen effugiat, sed ad redhibitionem debitae quantitatis congrua atque dignissima suppliciorum acerbitate cogatur. Nisi forte propriorum dilapidationem bonorum aut latrociniis abrogatam aut fortasse naufragiis incendioque conflatam vel quolibet majoris impetus infortunio atque dispendio docuerit afflictam."

fällen oder Schäden in Verderben und Ausstand kommen, alsdann mögen sie aufgenommen und vergleydet, Mitleiden mit ihnen gehabt, und dem gemeinen Rechten nach gegen ihnen gehandelt werden." [1])

Der flüchtige Schuldner (— den in Schulden vertieft gestorbenen betrifft alles Folgende natürlich nicht —) hatte im Mittelalter nur eine Möglichkeit, um dem ihm von seinen Gläubigern drohenden Schuldarreste zu entgehen: nämlich den mit ihnen zu treffenden Nachlaß- oder Stundungsvergleich. Um aber einen solchen zu Stande zu bringen, bedurfte er des freien Geleites, dessen übrige Bedingungen schon oben (S.268 flg.) berührt sind. Dieses Geleit sollte nach obiger Stelle nur den durch notorische Unglücksfälle zahlungsunfähig gewordenen Schuldnern von der Obrigkeit bewilligt, hingegen die vorsetzlichen und betrüglichen Banquerotteure im Betretungsfalle zur Haft gebracht, der Verfolgung ihrer Gläubiger ausgesetzt und den Umständen nach bestraft werden. Die späteren Modificationen dieser Vorschriften der Reichspolizei in den Handelsstädten werden durch zwei Umstände erklärlich: die Subsumirung des Schuldners unter die Klasse der unglücklichen und mitleidwerthen, oder aber der betrügerischen und strafbaren Falliten, war mit Zuverlässigkeit nur nach Untersuchung seines bisherigen Verfahrens mit Benutzung der von ihm selbst zu gebenden Auskunft und Verantwortung ausführbar; diese Möglichkeit durfte ihm also nicht im Voraus abgeschnitten, sondern sie mußte für alle Fälle gesichert, und demnach die Classificirung nebst dem Eintritt ihrer Folgen von dem Anfange allmählig an das Ende des ganzen Verfahrens verlegt werden. — Zweitens hing, sofern die Behandlung des Schuldners eine Folge der von den Gläubigern durch ihn erlittenen Verlüste war, dieselbe von dem größeren oder geringeren Umfange dieser Verlüste ab. Verringert konnte aber der Verlust durch eine wenigstens theilweise Befriedigung werden, für welche die Mittel herbeizu-

[1]) Dies ist in der R. P. O. von 1577 tit. 23. § 2 wiederholt.

schaffen der flüchtige Schuldner nicht nur verpflichtet, sondern auch oft allein im Stande war; außerdem in den Augen der Gerichte auch durch einen Verzicht auf den Rest der Forderungen, welcher Verzicht ein natürliches Element jedes Nachlaßvertrages bildet, und nach dessen Erwirkung häufig kein weiterer Grund zu Maaßregeln von Amtswegen vorzuliegen schien.

Nach der Nürnberger Reformation von 1564 sollen Alle, welche zum Betrug ihrer Gläubiger flüchtig werden, im Betretungsfalle verhaftet, und nach Befinden des Raths sogar den Dieben gleich gestraft werden. Auch dann, wenn ein solcher betrügerischer Fallit sich nachher mit seinen Gläubigern verträgt und wieder in die Stadt gelassen wird, soll er dennoch aller seiner Ehren und Aemter entsetzt, auch künftig zu keinen ehrlichen Sachen gebraucht werden. Getrauet sich ein entwichener Schuldner diese gesetzlichen Folgen von sich abzuwenden, so muß er in bestimmter Frist um freies Geleit anhalten, und einen Vergleich mit seinen Gläubigern zu Stande zu bringen suchen. "So dann die Handlung zu endlichem Vertrag gelangen, und sich so viel befinden würde, daß der Schuldner ohne Betrug, allein aus zugestandenem Unglück und ohn sein Verschuldung in Unvermögen gerathen, und derwegen sich in Gewahrsam gethan hätte: so soll er auf beschlossene Vertragshandlung wiederum in die Stadt gelassen, und ime hinfür an seinen Ehren unverletzlich seyn." (Th. 1. tit. 12. Ges. 6. 9.)

In Hamburg ist die älteste uns bekannte Verfügung im Receß von 1483 art. 23 enthalten: "Welck Mann wykhaft von Schulden wegen geworden ist, unde neene Betalinge gedaen hefft, des Mannes Frouwe schall neene Zierligheit von Kosteligheiden dragen, so idt in der Buhrsprake is affgesegt." Die hier erwähnte ältere Bursprake scheint verloren gegangen zu seyn; dagegen enthält die neuere Bursprake Petri im art. 37 eine Strafdrohung "wedder de mohtwillige Falliten," worin der Eingang der Reichs-Polizeiordnungen zum Theil wörtlich aufgenommen ist. Die Stelle lautet:

"Nademe de dagelike Erfahringe betüget, dat etlike under den gemeenen Koop- und Handelslüden vorhanden, de under dem Schiene godes Vertrouwens unde Gelovens Geldt unde Wahren vom anderen köpen unde entfangen, unde mede eener unbedachten Koopmanschop ook avermätigen Pracht dat eere verdoen, unde darna darvan strykeu unde ehrlike Lude umme dat eere bedregen unde bringen, unde averst sulke bedreglike unde schädelike Handelinge, de eenen Deeffstal tho verglyken, dem gemeenen Nutt und Kophandtheeringe tho undregliken Schaden unde Nadehl gereekent. Alse will E. E. Raht hiermede enem jderen Koop- unde Handelsmanne unde Inwahner ernstes Flytes vermahnet hebben, dat een jder geböhrlike Vörsichtigkeit in syner Koop-Handtheeringe gebruke, unde solker bedreegliken Banquerotteringe sick gänzlick entholde, denn E. E. Raht entschloten solcke Falliten unde Banquerotterer, de nich uth kundbaren Unfällen tho solcker Ungelegenheit geraden, in Hafft tho nehmen, und vermöge der Rycks-Affscheede unde düsses Stadtbookes gegen densülvigen mede geböhrender Strafe tho verfahren. Darna wete sick een jder tho richten."

Zusammengesetzt aus der R. P. O. und der Nürnberger Reformation ist der lit. 43. P. I unseres Stadtrechts. Danach muß ein Fallit, um als schuldlos unglücklicher classificirt und behandelt zu werden: 1) in bestimmter kurzen Frist um freies Geleit anhalten, und 2) dieses von sämmtlichen hiesigen Creditoren bewilligt werden; zugleich muß es 3) ihm gelingen, einen Vergleich mit den Gläubigern wirklich abzuschließen, endlich 4) muß "sich befinden, daß der Debitor ohne Betrug und seine Verschuldung, allein aus kündlichen und unversehenen zugestandenen Unfällen, als wegen erlittenen Brand- oder Seeschadens oder durch ander Unglück in Schuld und äußerstes Verderben gerathen, und derowegen den flüchtigen Fuß setzen müssen." Nur dann, wenn diese vier Merkmale zusammentreffen, soll er auf getroffenen und beliebten Vertrag wieder aufgenommen, und ihm das Unglück hinfüro an seinen

Ehren unverletzlich seyn (art. 7). In allen anderen Fällen wird er als muthwilliger und boshafter Fallit behandelt. Zunächst also diejenigen, welche "gefährlicher und betrieglicher Weise, im Scheine Trauens und Glaubens, Geld und Waaren bei Anderen weit über ihr Vermögen wissentlich aufgeborget, entlehnet und gekauft, auch durch ihren übermäßigen Pracht, übel und fahrlässig Haushalten, unordentlich Verschwenden und große unnöthige Gebäude in merkliche Schuldenlast gerathen, und dadurch ihren Nächsten wider die christliche Liebe, Recht und Billigkeit betrogen und zu Schaden gebracht, und hernacher aufgestanden, ausgetreten und sich in andere Gebiete begeben haben." Weil "solche betriegliche und schädliche Handlungen, die sich einem Diebstahle wol vergleichen, dem gemeinen Nutzen, Handthierung und Kaufmannschaft zu unerträglichem Schaden und Nachtheil gereichen, und deshalb gegen solche muthwillige Bankerottirer, als dem gemeinen und Privatnutzen schädliche nachtheilige Personen, Anderen zum abscheulichen Exempel, billig mit Ernst zu verfahren ist," so sollen sie "in dieser Stadt und Gebiete nicht geleitet, sondern wann sie betreten, in gefängliche Haft genommen und auf dem Winserbaume verwahrlich enthalten werden." Selbst dann, wenn sie nach beschehener Vergleichung mit ihren Creditoren wieder zu häuslichen Wohnungen kommen, sollen sie zu keinen Dignitäten gezogen werden (art. 1). Außerdem soll aber auch der Flüchtige, wenn er in bestimmter Frist nicht um Geleit anhält, oder in der dafür bewilligten Zeit sich mit seinen Creditoren nicht vergleicht, sondern wieder entweicht, für einen muthwilligen und boshaftigen Falliten gehalten, und gegen seine Haab und Güter den Creditoren verholfen werden (art. 8).

Für den schwunghaften Anlauf ist das Resultat dieser Stelle ein auffallend genügsames, welches die boshaften und muthwilligen Falliten nur von den städtischen Dignitäten fernhalten will. Schon die Correctionen des Syndicus Möller proponirten deshalb den Zusatz, daß solche Falliten "auch in die Zahl der Mäkler nicht angenommen, sondern über das

nach Beschaffenheit des begangenen excessus, von uns (dem Rathe) auf eine Zeit entweder mit gefänglicher Verhaftung, Verweisung dieser Stadt Wohnung, oder anderen arbiträren Strafen beleget werden sollen." Diese, mit der sonstigen Criminaljustiz jener Zeit contrastirende Milde hatte jedoch ihren natürlichen Grund in der Reflexion, daß strenge Strafdrohungen ihren Zweck völlig verfehlen müßten, da sie schwerlich den Schuldner, welcher sich in andere Gebiete begeben hatte, zur Rückkehr bewegen konnten. Flüchtig war er aber wegen der ihm von seinen Gläubigern drohenden Schuldhaft geworden, und statt dieses Absitzens der Schulden auf dem Winserbaum auf Kosten rachsüchtiger Creditoren, welches ihn auch nach der obigen Stelle des Stadtrechts bei seiner Rückkehr erwartete, mußte der Gesammtheit verständiger Gläubiger weit mehr daran gelegen seyn, ein erträgliches Arrangement auch mit dem tadelnswerthen Schuldner zu schließen, wozu die allmählige Erleichterung des freien Geleites den wahren Weg bahnte. Es war daher eine, für die damaligen Verhältnisse ganz richtige Politik des Rathes, welche ihn bewog, dem Verlangen Einzelner nach strengeren Strafgesetzen nur s c h e i n b a r Gehör zu geben. Er theilte im Convente vom 13. Februar 1618 der Bürgerschaft mit, daß eine gute Anzahl der fürnehmsten hiesigen Kaufleute sich in einer ihm übergebenen Supplik wegen der vielfach vorkommenden Banquerotte beklagt, und beantragt hätten, daß die muthwilligen Falliten, Anderen zum Abscheu, nach dem Exempel anderer fürnehmen Handelsstädte gestraft werden mögten. Er erklärte sich damit einverstanden, daß "Diejenigen, so zu ihren Fallissementen Ursache gegeben oder andere Leute vorsetzlich in Schaden und Verderben gebracht, wenn sie gleich mit ihren Creditoren veraccordiret und Geleit erlangt, dennoch sich hernach ehrlicher Gesellschaften und Zusammenkünfte entweder gänzlich enthalten, oder stets ungeachtet ihres Alters und Herkommens hinten oder unten angehen und sitzen müssen, dann auch den Gerichtsgulden geben, und auch der Bürgerschaft Schutz und Schirm mit Darlegung so vielen Geldes, als ein Jeder zur

Zeit des geleisteten Eides oder Annehmung gegeben, hinwieder gewinnen." Die Bürgerschaft erklärte sich damit zufrieden, daß "gegen solche muthwillige Falliten E. E. Raths Andeuten und anderer fürnehmen Städte Exempel nach, mit der Strafe verfahren werde." — Von diesen Zusicherungen ist in die Falliten-Ordnung von 1647, welche übrigens den Inhalt des Stadtrechts wiederholt, nur der Satz aufgenommen: "so wollen und ordnen wir, daß ein solcher Fallite, wenn er gleich mit seinen Creditoren vertragen ist, und darauf zur häuslichen Wohnung wiederkommt, zu keinen Dignitäten wieder gezogen werde, auch wo er einige vorhin gehabt hätte, derselben verlustig seyn, aller ehrlichen Gesellschaft, Brüderschaft und Versammlungen sich enthalten, unten ansitzen, auch in dieser Stadt das Mäkleramt zu bedienen, und als ein anrüchtiger Mann über ehrliche Handlung zu Gezeugen nicht zugelassen werden soll." (Art. 7.) Außerdem soll der Schuldner nach diesem Gesetze, wenn er freies Geleit erlangt hat, von allen seinem Thun und Handeln, wodurch er zu dem Unfall gekommen, aufrichtige Rede und Antwort geben, alle seine Güter, Gelder, Waaren und Schulden benennen und anzeigen, seine Handlungsbriefe und sonstige Papiere exhibiren "und unter diesem allen nicht fälschlich oder untreulich handeln, auch wissentlich nichts hinterlassen noch verschweigen, bei Verlust und Aufkündigung des Geleits, Strafe der Gefängniß und anderen willkürlichen Leibesstrafen."

Aus dem 17. Jahrhundert erwähnen wir noch zweier, für einen größeren Wirkungskreis berechneten Gesetze, weil sie auch für Hamburg formell verpflichtend seyn mußten, obschon ihr Einfluß auf die hiesige Praxis nur in einzelnen Punkten nachgewiesen werden kann. Das erste derselben ist das "Mandat der vereinigten deutschen Hansestädte wider die muthwilligen Falliten und Banquerottirer" vom 30. April 1620. [1]) Dieses bestimmt, daß die ausgetretenen Schuldner,

---

[1]) Abgedruckt z. B. bei Marquard de Jure mercatorum p. 712. Willebrand Hansische Chronik Abth. 3. S. 179.

welche sich von der bis dahin von ihnen bewohnten Hansestadt in eine andere begeben, in letzterer kein freies Geleit erhalten, sondern sofort in gefängliche Haft gebracht und schleunigst gegen sie bis zum Endurtheil procedirt werden soll; ferner, daß beim Austreten eines Schuldners, auch wenn kein Kläger vorhanden wäre und sich angäbe, die Güter, Bücher und was sonst vorhanden, ex officio beschlagen, inventirt und zur concursmäßigen Behandlung verwahrt werden soll. „Zum Dritten, und sobald befunden wird, daß die Güter zur Bezahlung der Creditoren nicht zulangen mögen; auf diesen Fall wollen wir, und insonderheit jedes Orts Obrigkeit, wegen des Schuldners Leben und Wandel Erkundigung anstellen, und wann erkundet wird, daß ermeldeter Schuldner nicht durch einigen Unfall und Unglück, sondern durch Unfleiß, Pracht und Prassen und sonsten unordentlich Wesen und Leben in Verderb gerathen und andere Unschuldige neben sich in Schaden geführt; so wollen wir solchen Schuldner als unehrlich declariren, über ihn die Schandglocke öffentlich läuten lassen, und soll solcher nach der Zeit pro infami geachtet, und bei keinen ehrlichen Aemtern und Gesellschaften in keiner Hansestadt gelitten oder gefordert, und ihm allenthalben solch Zeugniß nachgeschrieben werden. Zum Vierten. Und im Fall in gedachter Erkundigung befunden würde, daß der Schuldner vorsetzlich und muthwillig, unterm Schein Glaubens Geld und Waaren aufgenommen, und vom ersten Anfange der Meinung gewesen, daß er nicht bezahlen, sondern ehrliche Leute in Schaden führen wollen: auf solchen Fall soll nach vorgehender Declaration nicht allein, wie obgedacht, die Schandglocke über ihn geläutet, sondern er auch mit öffentlicher Ausstellung an den Pranger, ewiger Verweisung, und nach vermerkten Umständen als ein Dieb oder Falsarius an Leib und Leben gestraft werden. Welches alles, wie erst gedacht, nicht allein wann keine Creditoren klagen und von Amtswegen, sondern auch wenn die Creditoren intercediren würden, gehalten und ernstlich exequiret werden soll."

Wir bemerken hier zuerst die Trichotomie der unglücklichen, leichtsinnigen und vorsätzlichen Falliten, welche bei uns durch die Neue Falliten-Ordnung gesetzlich geworden ist; auch verdient hervorgehoben zu werden, daß schon dies Hansische Mandat nicht den zufälligen Unterschied des geschlossenen oder vereitelten Accordes als Merkmal der Classificirung aufstellt, sondern die letztere ausschließlich nach sorgfältiger Erkundigung über die Antecedentien des Schuldners bestimmt wissen will, ohne dem Belieben der Gläubiger darauf einen Einfluß zu gestatten.

Funfzig Jahre später wurde der nicht promulgirte Reichsabschiedsanfang von 1671 entworfen, welcher den Inhalt der früheren Polizei-Ordnungen von 1548 und 1577 bestätigt, und in einzelnen Punkten erweitert. [1]) Er macht allen Orts-Obrigkeiten bei eigener Verantwortlichkeit gegen die betheiligten Gläubiger die Auslieferung entflohener Schuldner an die Behörde ihres Wohnortes zur Pflicht, verordnet, daß gegen Diejenigen, welche, ohne Gewerbs- und Handelsleute zu seyn, durch übermäßiges Borgen wissentlich in Ueberschuldung gerathen sind, nicht anders als gegen die "verdorbnen Kaufleute" verfahren werden solle, und schärft die Strafe schuldvoller oder betrügerischer Falliten dergestalt, daß sie "nach Umstand und Beschaffenheit des Verbrechens und der Personen, an Ehr, Leib und Leben, vermittelst Entsetzung aller habenden Ehrenämter, öffentlicher Anschlagung der Namen an eine hierzu jedes Orts anzuordnende schwarze Tafel, Steckung in den Schuldthurm oder Anthuung öffentlichen Spotts, der Relegation, Stellung auf den Pranger, ja wohl gar, andern zum Exempel, mit der Fustigation oder wirklichen Lebensstrafe, den berüchtigten Dieben gleich, angesehen und belegt werden."

Zuverlässiger für die topische Praxis und Rechtsansicht ist die Quelle, welche wir in dem Concept der Gerichts-Ordnung von 1711 (lit. 54) besitzen. Sie bildet im Vergleich zu unseren früheren Gesetzen einen Wendepunkt unter Anderem

---

[1]) Bergmann Corp. jur. judiciarii p. 469—473.

darin, daß sie jedem Ueberschuldeten die Aussicht auf Gewährung sicheren Geleites "in seinem eigenen Hause" eröffnet, ihn mithin von Ergreifung der Flucht dispensirt, sofern ihn nicht etwa das eigene Bewußtseyn seiner Strafbarkeit dazu drängt. Auch stellt sie im ersten Artikel die nach inneren Merkmalen zu bemessende Distinction zwischen unglücklichen und schuldvollen Falliten mit den Worten an die Spitze: "Weil sowohl die natürliche Billigkeit erheischet, als auch zur Beförderung redlichen Handels und Wandels gereichet, daß zwischen demjenigen, der ohne sein Verschulden durch unwandelbare Schickung, als Brand-, See- und Wasser-Schaden, Bankerotten und Unglücksfälle in Abgang der Nahrung und Schaden gerathen, und demjenigen, der durch übermäßige verschwenderische Haushaltung, prächtige Aufführung, über Standesgebühr getriebene Kleiderpracht, kostbar aufgeführte Gebäude und Gärten, großes Spiel oder auf andere Wege sich in schwere Schuldenlast gesetzt, oder gar mit Betrug und falschen Documentis oder andern Betrieb seinen Nächsten in Schaden gebracht, ein merklicher Unterschied gemacht werde: als soll inskünftige wider solche Falliten unterschiedlich, und zwar folgendergestalt gehandelt und procediret werden." Die einzelnen hierher gehörigen Bestimmungen sind diese:

a. Findet sich, daß der debitor ohne sein Verschulden, nur aus kundbaren oder erwiesenen und unversehenen zugestoßenen Zufällen in Schuld und Verderben gerathen, und ein Accord durch Majoritätsbeschluß geschlossen worden, so soll er auf solchergestalt beliebten Vertrag wieder aufgenommen, in der Stadt gelassen, und dieses Unglück seinen Ehren unverweislich seyn, jedoch soll er keine Ehrenämter bekleiden, es sey denn, daß er zu dem Segen gelangt, seinen Creditoren ihren Verlust an Capital ergänzen zu können, in welchem Fall er auch zu Ehrenämtern wieder admittirt werden kann (art. 32).

b. Noch günstiger ist die Behandlung desjenigen unglücklichen Falliten, der seine Gläubiger mit 75 Procent contant Geld befriedigt: dieser soll bei seinen habenden Ehrenämtern gelassen, und auch zu ferneren admittirt werden (art. 33).

c. Der Fallit, welcher nicht um Geleit anhält, oder aus demselben entweicht, in den Angaben und Nachweisungen gegen seine Curatoren wissentlich die Wahrheit verschweigt oder fälschlich und betrüglich mit ihnen handelt, oder sonst ohne genugsam gegründete Ursache die gütliche Handlung nicht zu Stande bringt, soll für einen muthwilligen und boshaften Falliten gehalten, das Geleit ihm aufgekündigt, und er mit Gefängniß und anderen willkürlichen Leibesstrafen belegt werden (art. 30. 34).

d. Der muthwillige Fallit, welcher, ohne sich mit seinen Gläubigern arrangirt zu haben, sich auswärts niederläßt und wieder zu handeln anfängt, soll im fiscalischen Proceß nach ergangener Edictalladung gerichtlich für infam und seines Bürger- oder Einwohnerrechts auf ewig verlustig erklärt, und sein Name zu Jedermanns Notiz mit großen Buchstaben auf ein schwarzes Brett an der Börse angeschlagen werden. Auch dann, wenn er später mit seinen Gläubigern accordirt, soll er zu Ehrenämtern, zum Makleramt und Zeugniß unfähig seyn und aller ehrlichen Gesellschaft sich enthalten (art. 40. 41).

e. Speciell wird noch Jeder mit Strafe bedrohet, der erweislich mit falschen Wechseln zu thun gehabt hat: er soll sofort zur Haft gebracht, fiscalisch angeklagt und wenn er das Abgetragene nicht erstatten kann, mit exemplarischer Strafe an Gut, Leib oder gar Leben belegt, auch gegen den Flüchtigen in contumaciam mit der Verfestung verfahren werden (art. 42).

Diese Materialien mit den darin gelassenen Lücken und Zweifeln fand die Neue Falliten-Ordnung vor sich. Sie hat bei ihrem Streben nach systematischer Vollständigkeit die dreigliedrige Eintheilung aller Falliten in vorsetzliche oder boshafte, leichtsinnige und unglückliche adoptirt. Die Subsumirung jedes Falles unter eine dieser Klassen und die demgemäße weitere Verfügung nach einer auf den Bericht des Buchhalters gestützten Relation der Fallitcommissarien hatte der Rath sich vorbehalten, unbeschadet dem Einschreiten des Prätors von Amtswegen, wenn ihm ein boshaftes Fallissement zur Kunde käme (art. 108). Später wurde noch festgesetzt, daß die

Gläubiger diese Classificirung auf keine Weise sich verbitten könnten, und daß dieselbe jedesmal an der Börse öffentlich auf 14 Tage affigirt werden solle. (Add.-Art. 7.) Seit 1815 hat das Handelsgericht, wenn sich bei einem Fallissemente strafbare Handlungen offenbaren, solche Fälle von Amtswegen an das Obergericht zu verweisen. "Uebrigens steht zwar dem Gericht die Classificirung der Falliten zu, jedoch hat es jedesmal solche an das Obergericht zu verweisen, und bleibt es dem letztern unbenommen, in Ansehung der Classification confirmatorie oder reformatorie, so wie auch überhaupt event. über die Bestrafung zu verfügen." [1])

Die beiden Fragen nach den Kriterien der verschiedenen Klassen und nach deren gesetzlichen Folgen finden sich in der Neuen Falliten-Ordnung mit einer für ihre Zeit anzuerkennenden Vollständigkeit beantwortet. Daß der früher entscheidende Umstand, ob es zum Accorde kommt oder nicht, hierbei stillschweigend übergangen ist und es für den eigentlichen Concurs überhaupt an jeder Bestimmung fehlt, kann nicht befremden, da gleichzeitig das Accordverfahren zu dem gesetzlich nothwendigen erhoben wurde. Selbst dann, wenn dem Schuldner die Verwaltung seines Vermögens wieder übergeben wird, soll die öffentliche Ahndung nicht gehemmt werden, sofern er sich eines gottlosen oder vorsetzlichen Bankerotts schuldig gemacht hat (art. 37), und der Accord muß von den Curatoren vorgelegt, resp. von den Gläubigern angenommen werden, ohne darauf zu sehen, ob der debitor eines gütlichen Accordes würdig sey oder nicht (art. 46). Das Gesetz will nur einige unterscheidende Merkmale anführen, "damit nach deren Anleitung die Beurtheilung eines Falliti behörig vorgenommen werden könne" (art 101). Damit stimmen auch die Worte "und die ihnen gleich seyn mögten" (art. 103), "diese Personen und ihres gleichen" (art. 105) überein; durch die aufgestellte Exemplification hat also das richterliche Er-

---

[1]) Handelsgerichts-Ordnung von 1815 art. 18.

messen nicht ausgeschlossen werden sollen. — Das persönliche Schicksal der drei Kategorieen ist folgendes:

1. Die offiziell unglücklichen sollen (Ehrenämter ausgenommen) vor allen anderen zu Mäkler- und andern Stadtdiensten, die gratis vergeben und verkauft werden, nach ihrer Capacität die ersten seyn; überdies sind von den Commissarien die Creditoren zu bereden, daß selbige sie mit einer Beihülfe zum Wiederaufkommen unterstützen.

2. Die vorsetzlichen und boshaften oder "groben Bankerottirer" (art. 107) sollen nach der Maaße ihres Verbrechens mit Gefängniß zu harter Arbeit, ewiger Verfestung und mit anderer infamirender Leibesstrafe belegt werden. Diejenigen, welche hieselbst sich betreten lassen, werden zur gefänglichen Haft gezogen, wider sie wie gegen andere peinliche Verbrecher inquirirt und durch den Fiscal in peinlich gehegtem Gerichte verfahren. Die entwichenen dagegen sollen, wie noch heut zu Tage geschieht, edictaliter citirt, mit Steckbriefen verfolgt, in den Zeitungen zu jedermanns Kenntniß als entwichene Betrüger beschrieben, ihre Namen als boshafter Falliten an der Börse auf einem dazu verfertigten schwarzen Brette angezeichnet und die Schandglocke über sie geläutet werden (art. 16. 103).

3. Leichtsinnige Falliten sind mit der den boshaften angedroheten Strafe nicht zu belegen, wenn sie sich bei ihrem Fallissement während der Untersuchung ihres Status untadelhaft verhalten und den Manifestationseid leisten. Weil sie aber doch ihren Nächsten durch ihre Schuld und unverantwortliche Nachlässigkeit und Verwegenheit in Schaden gesetzt, ja wohl gar mit ruinirt haben, so sollen sie aller Ehrenämter unwürdig, auch zu Stadtdiensten unfähig und solche anzukaufen nicht befugt seyn, auch nur auf erlangte Dispensation Mäkler werden können. Wer ein solches Fallissement zum zweiten oder gar zum drittenmal verübt, ist auf der Börse nicht weiter zu dulden. Ferner wird aus den älteren Recessen die Vorschrift erneuert, daß solche Falliten und deren Familie sich des Tragens der Juwelen und seidener Kleider bei schwerer Strafe enthalten,

widrigenfalls ihnen dieselben auf Anhalten der Gläubiger und zu deren Nutzen auf der Gasse durch die Gerichtsdiener abgenommen werden. Dies Verbot wurde durch den vierten Additionalartikel dahin erweitert, daß Keinem, der nicht seine Creditoren wenigstens an Capital zum Vollen befriedigt hat, erlaubt seyn solle, Wagen und Pferde, auch nicht auf gewisse Tage in der Woche, oder einen Livrée-Bedienten zu halten, ferner weder Haus noch Garten eigenthümlich zu besitzen, [1]) oder einen Garten in Miethe zu haben. Endlich sollen diejenigen leichtsinnigen Falliten, aus deren Masse die Creditoren nicht 40, 30 und 20 Procent genossen, auf ein Jahr, wenn nur 32, 24 und 16 Procent herausgekommen, auf zwei Jahr, und wenn die Masse gar noch weniger auswerfen sollte, drei bis vier Jahr nach dem Winserbaum auf den sogenannten schweren Schilling und zwar ex officio ohne gerichtlichen Proceß, auch ohne daß ihre Creditores es ausdrücklich verlangen mögten, gesetzt und sie daselbst aus dem gemeinen Gute so lange unterhalten werden, es sey denn, daß die Mehrzahl der Creditoren nach den Summen für sie intercedirten [2]) (art. 105). — Die consequente Durchführung dieser Strafdrohung würde zu Zeiten die procentlose Bevölkerung für einen ganzen Winser-Wald geliefert haben und dem "gemeinen Gute" ziemlich fühlbar geworden seyn; aber sie blieb auch todtgeboren: schon im Anfange dieses Jahrhunderts hielt man dem leichtsinnig Wagenden etwas zu gut, ließ die Strafe gewöhnlich nur in dem Börsenanschlage bestehen, und kannte

---

[1]) Am 26. Januar 1827 in S. Mertens c. Miehe deducirte das Ober-Appellations-Gericht: ein solcher Fallit sey nur unwürdig, ein Grundstück zu besitzen, nicht aber unfähig dazu; er könne also wohl auf dem geeigneten Wege genöthigt werden, dasselbe wieder zu veräußern, aber bis dahin sey er wahrer Eigenthümer desselben und sein Erwerb könne aus diesem Grunde nicht umgestoßen werden. — In neuerer Zeit haben die Gerichte das ganze Verbot für obsolet erklärt.

[2]) Die Worte "es sey denn — intercedirten" sind ein Zusatz der bürgerlichen Prüfungs-Deputation.

für die schwersten Fälle nur eine Gefängnißstrafe von höchstens 6 Monaten. [1])

Eine rationelle Gesetzgebung sucht den mit dem Concurse begriffsmäßig gesetzten Vermögensverlust der Gläubiger durch ihre Strafdrohungen so weit zu verhüten, als derselbe die Folge nicht von reinen Unglücksfällen, sondern einer Verschuldung des Falliten ist. Die Pflichten, deren Verletzung den Inhalt dieser Verschuldung bildet, lassen sich dahin angeben: daß Jeder seinen Gläubigern so weit möglich gerecht zu werden trachte; daß er seine formelle Insolvenz nur dann declarire, wenn deren Bedingungen vorhanden sind, und daß er nichts unterlasse, um den durch den Concurs unvermeidlichen Schaden seiner Gläubiger nicht noch zu vergrößern. Berücksichtigt man, daß die schuldvolle Beschädigung der Gläubiger durch einen gewinnsüchtigen Zweck sich als Betrug qualificirt, und daß die verschiedenen möglichen Schuldstufen von der Form des Strafgesetzes abhängig sind, [2]) so entwickelt sich hieraus von selbst das Gebiet des strafbaren Bankerotts, welches durch positive Bestimmungen über seine ursprünglichen Gränzen hinaus erweitert, wie durch Rücksichten der Gesetzgebungs-Politik beschränkt werden kann. [3])

1. Am Einfachsten erledigt sich die Uebertretung der Pflicht, nur bei wirklich vorhandener Zahlungsunfähigkeit sich insolvent zu erklären, etwa damit den Creditoren die mit dem Concurse jedenfalls verknüpften Verluste an Zeit und Kosten nicht ohne Noth verursacht werden. Die materielle Insolvenz soll nach dem Bewußtseyn des Falliten vorhanden seyn, die höchste Schuldform wird daher durch sein Bewußtseyn, daß er nicht insolvent sey gebildet; unter dieser würden die Stufen liegen daß er seine Insolvenz nur für wahrscheinlich

---

[1]) So berichtet Hasche Erläuterung Th. 3. S. 131.

[2]) Ich folge hierbei den in meinen "Bemerkungen zur Strafgesetzgebung. Erstes Heft" (1847) § 4—6 entwickelten Begriffen.

[3]) Vergl. Trummer von der criminellen Behandlung des Bankerotts. Hamburg 1852.

oder möglich hält, oder daß er darüber in schuldvollem Irrthum (culpa) versirt. Der strafrechtlich allein practische Fall besteht in der Insolvenzerklärung wider besseres Wissen, und zwar, da der Concurs an sich dem Schuldner nicht leicht Vortheile verspricht, in der Benutzung dieses Mittels für den Zweck betrüglicher Bereicherung. Dadurch aber subsumirt sich dieser Betrug durch fälschlichen Bankerott entweder unter den strafbaren Betrug im Allgemeinen, sofern das angewandte specielle Mittel nicht als besonderer Strafmessungsgrund erscheint, oder unter die gleich folgende Klasse, wenn zu ihr diese Prozedur sich nur als Vorbereitung verhält, und ist deshalb auch nur in einzelnen Gesetzen ausgezeichnet. [1])

2. Jeder Fallit als solcher ist verpflichtet für den Zweck einer concursmäßigen Vertheilung seines gesammten Vermögens unter die reellen Gläubiger mitzuwirken, weil nur unter seiner, der concreten Verhältnisse kundigen Mitwirkung der juristische Gedanke des Concurses mit zuverlässiger Vollständigkeit ausgeführt werden kann. Die Erfüllung dieser Pflicht erscheint theils in der Form der Unterlassung von bei Strafe verbotenen Handlungen, theils als geforderte positive Thätigkeit, deren Nichtleistung sonach die höhere Schuldform des Vorsatzes, oder die geringere der bloßen Negligenz begründen kann. In beiden Fällen geht die Verletzung der Pflicht durch den Zweck, etwas von dem den rechtmäßigen Gläubigern verfallenen Vermögen sich selbst zu sichern, in das allgemeine Verbrechen des Betruges über, welches nur bei Gelegenheit des Bankerotts

---

[1]) Bair. Strafgesetzbuch art. 278. "Wer, um sich rechtswidrig mit seiner Gläubiger Schaden zu bereichern, durch betrügliche Handlungen sich als zahlungsunfähig darstellt, soll mit vier- bis achtjährigem Arbeitshause bestraft ... werden." Neue Falliten-Ordnung art. 102. "Vorsätzliche und boshafte Falliten sind demnach: 1) die, wenn sie ihre Gläubiger noch befriedigen könnten, dennoch mit Fleiß, um sich zu bereichern, Bankerott machen." Entwurf des Hamb. Criminal-Gesetzbuches von 1851 art. 206. "Als strafbar in dieser Beziehung ist besonders zu betrachten: 1) wer sich in betrügerischer Absicht für zahlungsunfähig ausgiebt."

ausgeführt wird; und soweit das legale Verhalten in dem Manifestationseide noch speciell angelobt war, würde wegen idealer Concurrenz mit dem Eidesbruch die schwerere Strafe des letzteren eintreten müssen. Die in den Gesetzen aufgeführten Fälle lassen sich noch zum Theil in die beiden Kategorieen des unrichtigen Activ- und Passivstatus scheiden. Zu der ersteren gehören die Sätze unserer Neuen Falliten-Ordnung: "Die ... ihre Güter verhehlen, und wohl gar mit großen Summen Geldes davon laufen; die welche kurz vor ihrem Fallissement, und da sie dasselbe unvermeidlich vor sich gesehen, dennoch, um einen Accord zu erjagen, Gelder und Waaren aufborgen und ankaufen und solche an die Seite schaffen" (art. 102. No. 1. 6). Ferner aus dem Entwurf des Hamburgischen Criminalgesetzbuches von 1851: "Wer Activforderungen, Gelder, Waaren, Creditpapiere oder sonstige Effecten von Geldeswerth an die Seite gebracht hat" (art. 206. No. 4). Hinsichtlich des Passivstatus bedrohet die Erläuterung des art. 109 der Neuen Falliten-Ordnung denjenigen Falliten mit der Strafe des boshaften, der "durch falsche Angaben und wissentliche Verschweigung seine Schuld geringer angegeben, als sie wirklich ist;" der Hamburgische Entwurf art. 206. No. 8. 9 denjenigen, "der nicht wirklich vorhandene Forderungen bezahlt, oder durch Vordatirung von Wechseln oder anderen Verschreibungen den Betrag seiner Schulden vergrößert," so wie nochmals in No. 11, "wer in Beziehung auf seine Schulden oder Forderungen wissentlich unrichtige Angaben macht." Mit einfacher Schärfe faßt das Preußische Criminalgesetzbuch von 1851 in § 259 die Strafbarkeit der Falliten zusammen, 1) wenn sie ihr Vermögen ganz oder theilweise verheimlicht oder bei Seite geschafft haben; 2) wenn sie Schulden oder Rechtsgeschäfte anerkannt oder aufgestellt haben, welche ganz oder theilweise erdichtet sind. — Hierher gehört auch die von dem Falliten geschehene Vernichtung, Unterschlagung oder Entstellung derjenigen Documente, welche über seine Activa und Passiva vollständige Auskunft zu liefern geeignet sind, namentlich der Geschäftsbücher. So weit

aber eine geordnete Buchführung grade mit Rücksicht auf die Möglichkeit eines künftigen Concurses entweder gesetzlich vorgeschrieben oder nach der Natur der Vermögensverwaltung erforderlich ist (also namentlich bei Kaufleuten und Fabrikanten), gereicht schon deren frühere Omission beim wirklichen Eintreten jener Eventualität dem nunmehrigen Falliten zu einer Verschuldung, welche entweder als Vorbereitung auf beabsichtigten Betrug, oder als vorsätzliche Unterlassung, oder in geringerem Grade als Nachlässigkeit für strafwürdig gelten muß. Diese richtige Distinction finden wir auch in neueren Gesetzen aufgestellt. Vergl. z. B. Neue Falliten-Ordnung art. 102. No. 8. "Vorsetzliche Falliten sind ... 8) die, welche in gefährlicher Absicht und zur Verhehlung ihres Status zur Zeit ihres Austritts ihre Bücher und Journale nicht in guter Ordnung haben." Art. 104: "Leichtsinnige Falliten sind solche ... 3) die ihre Bücher aus bloßer Nachlässigkeit über zwei Jahr im Rückstande haben." Hamburgischer Entwurf art. 206: "Als ein boshafter Fallit ist zu bestrafen ... 12) wer Handelsbücher zu führen unterläßt oder nicht beibringt, ungeachtet die Führung derselben nach der Beschaffenheit seines Geschäfts erforderlich war, 13) wer seinen Vermögenszustand dadurch zu verbergen sucht, daß er unordentlich oder undeutlich geführte, oder auch unrichtige oder theilweise vernichtete Handlungsbücher vorlegt." Art. 207: "Derjenige leichtsinnige Fallit ... 3) welcher die zu seinem Geschäft erforderlichen Bücher, wenn auch nicht in böser Absicht, undeutlich oder unordentlich geführt hat." Preußisches Gesetzbuch von 1851 § 259: "Handelsleute, Schiffsrheder und Fabrikbesitzer, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, werden als des betrüglichen Bankerutts schuldig bestraft: ... 3) wenn sie in der Absicht, ihre Gläubiger zu benachtheiligen, Handelsbücher zu führen unterlassen haben, obgleich deren Führung gesetzlich vorgeschrieben, oder nach der Beschaffenheit ihres Geschäfts erforderlich war; 4) wenn sie in gleicher Absicht ihre Handelsbücher verheimlicht oder vernichtet oder so geführt oder verändert haben, daß dieselben keine Uebersicht des Vermögens-

zustandes gewähren." § 261: "Wegen einfachen Bankerutts werden sie bestraft ... 2) wenn sie Handelsbücher zu führen unterlassen haben, obgleich u. s. w." — Endlich verletzt der Fallit die ihm gegen die Creditoren obliegende Pflicht auch dann, wenn er sich positiv weigert, ihnen die verlangte Auskunft über seine Verhältnisse zu ertheilen, wenn er während des Concurses ihnen seine Person entzieht, oder wenn er die eidliche Angelobung seiner Obliegenheiten nicht leistet, sofern den Gläubigern dadurch eine gesetzliche Sicherheit von ihm gewährt werden müßte. Hierauf bezieht sich art. 102. No. 7 der Neuen Falliten-Ordnung: "Die, welche während der Untersuchung ihres Status bonorum davon laufen und eidbrüchig werden." Hamburger Entwurf art. 206: "Boshafter Fallit ist ... 10) wer die Auskunft über sein Vermögen oder über seine Schulden verweigert, wer den Manifestationseid nicht leistet, wer vor seiner Entschlagung ohne Erlaubniß seiner Güterpfleger sich entfernt."

3. Während die erste der erörterten Pflichten die Wahrheit der Insolvenzerklärung, die zweite die Aufrichtigkeit der darauf folgenden Vermögensabtretung begreift, umfaßt die dritte das Verhalten **vor** dem Bankerott unter Voraussetzung seines späteren Eintritts. Der von dem künftigen Falliten möglichst abzuwendende Erfolg seiner Handlungen oder Unterlassungen besteht in dem Vermögensnachtheil für seine nicht vollständig befriedigten Gläubiger, mag übrigens der Concurs selbst mit der strafwürdigen Handlung in Causalnexus stehen, oder auch ohne dieselbe unvermeidlich geworden seyn. Die beschädigten Individuen können entweder die Gesammtheit der bei dem Concurse verlierenden Gläubiger bilden, oder es können nur einzelne, oder alle mit Ausnahme von einzelnen dazu gehören. Auf jenen Erfolg, den Verlust selbst, wird die **Absicht** des Schuldners selten gerichtet seyn, weil nicht leicht Rachsucht, Misgunst und diabolische Lust zu schaden dabei obwalten, vielmehr sind Eigennutz und Selbstsucht die gewöhnlichen Motive, welche befriedigt sein würden, auch wenn es ohne Verlust für Dritte geschehen könnte. Zwischen der nächsthöchsten Schuld-

stufe, dem Wissen mit der absoluten Gleichgültigkeit gegen die nothwendigen Folgen, einerseits, und dem schuldvollen Mangel an Ueberlegung (culpa) andererseits, liegen aber auch hier noch die mittleren Schuldformen: der Gleichgültigkeit gegen die als möglich vorgestellten Folgen, und des Handelns mit dem Willen nicht über die Folgen nachzudenken, was beides in die psychologische Kategorie des Leichtsinns zusammengefaßt zu werden pflegt. Endlich kann hierbei als Strafzumessungsgrund hervorgehoben werden, ob die schadenbringende Handlungsweise zum Nachtheil von Personen verübt wurde, die zur Zeit schon Gläubiger waren, oder ob Schulden mit dem Bewußtseyn, daß sie zu Verlust führen müßten, erst contrahirt wurden, indem Letzteres einen höheren Grad von Dreistigkeit und eine gefährlichere Täuschung beurkundet als Jenes. — Ihrem Inhalte nach sondern wir die hierher zu rechnenden strafwürdigen Acte in folgende Klassen:

a. Die Verletzung eines besonderen Vertrauens durch Verwendung von Depositum, Speditionsgut, von zu verwaltendem fremden Gute rc. zu eigenem Nutzen. [1]) Dieser Fall gehört nur uneigentlich hierher. [2]) Die criminelle Strafwürdigkeit der Veruntreuung ist nämlich durch die Unfähigkeit bedingt, aus dem eigenen Vermögen den Werth des anvertrauten Gutes zu ersetzen, welches man eben wegen dieser Gefährde davon separirt zu halten sich verpflichtet hatte, und es ist zufällig, wenn diese Unmöglichkeit grade bei Gelegenheit eines Concurses zum Vorschein kommt, da sie eben so wohl auch außerhalb desselben sich zeigen kann. Die Damnificaten sind

---

[1]) Neue Falliten-Ordnung art. 102. Boshafte Falliten sind 3) die, welche ... Speditionsgüter angreifen und überhaupt die ein crimen falsi begehen, wohin auch diejenigen, die ihrer Pupillen belegte Gelder aufnehmen und herdurchbringen, zu rechnen." — Hamb. Entwurf art. 206. "Boshafter Fallit, ist 2) wer ein besonderes in ihn gesetztes Vertrauen gemisbraucht hat, es möge Speditionsgut oder sonst Waaren und Effecten betreffen, die ihm nicht zum Zweck der Realisirung anvertraut waren."

[2]) Escher Lehre vom strafbaren Betruge S. 293.

hier überdies nur die einzelnen Eigenthümer des Veruntreueten, indem dessen widerrechtliche Vermischung mit dem schuldnerischen Gesammtvermögen den übrigen Gläubigern vielmehr zum Vortheil gereichen muß oder gereichen kann.

b. Die Gläubiger werden factisch benachtheiligt durch jede Verringerung des Activvermögens und jede Vermehrung der Passiva. Weil aber jedes Vermögen dazu bestimmt ist, den erlaubten Zwecken des Besitzers zu dienen, weil es in seiner Verwaltung nur dadurch sich vermehren kann, daß seine einzelnen Theile durch Tausch und Speculation verändert werden, und weil auch die Benutzung des Credites im Verkehre unerläßlich erscheint, so kann den Schuldner nur so weit ein Tadel treffen, als er bei seinen Operationen die gewöhnliche Vorsicht und Besonnenheit, das richtige Maaß in der Wirthschaft und in Geschäften außer Augen setzte. Dahin gehört also eine unverhältnißmäßige Consumirung des Vermögens durch übertriebenen Aufwand, [1]) ferner das Veräußern aus dem Vermögen ohne ein angemessenes Aequivalent, so wie die Vergrößerung des Schuldstandes ohne entsprechende Vermehrung der Activa, [2]) endlich gewagte Unternehmungen,

---

[1]) Neue Falliten-Ordnung art. 102. "Vorsetzliche Falliten sind ... 4) die, welche sich durch ein üppiges, wollüstiges Leben, Spielen und dergleichen ins Verderben stürzen, 5) die, welche zur Zeit, da sie nicht mehr solvendo gewesen, oder doch wenig im Vermögen gehabt, kostbare Gebäude aufgeführet, dieselben mit prächtigen Meubeln ausgezieret, herrliche Gärten, auch Kutschen und Pferde zugelegt, ihren Frauen und Kindern die reichsten Juwelen und theuersten Spitzen und Kleider gegeben, und mit einem Worte die sich über ihren Stand erhoben und über Vermögen Depensen gemacht haben." Art. 104. "Leichtsinnige Falliten sind ... 5) die, welche, da sie einen großen Verfall ihrer Handlung gemerket, sich nicht beizeiten eingeschränkt, sondern die gewohnte Lebensart beibehalten haben." Hamb. Entwurf art. 207. "Leichtsinniger Fallit ist ... 4) wer durch Ausschweifungen, Spiel oder Aufwand übermäßige Summen verbraucht hat."

[2]) Hamb. Entwurf art. 206. "Boshafter Fallit ist . . . 5) wer zu einer Zeit, da er bereits überschuldet ist und seine Insolvenzerklä-

deren günstiger Erfolg unwahrscheinlich ist, im Gegensatz zu soliden Geschäften, die durch Thätigkeit einen nur mäßigen, aber weniger unsichern Gewinn versprechen.[1] Die Contrahirung reeller Schulden kann, abgesehen von der Verwendungsart der Valuta, ein Unrecht gegen den einzelnen Gläubiger nach der Natur des Creditirens nur in sofern begründen, als er durch positiv falsche Vorspiegelungen dabei inducirt wurde.[2]

c. Endlich läßt sich über die Strafwürdigkeit einer Begünstigung einzelner Gläubiger, so wie der zur rechten Zeit versäumten Insolvenzerklärung Folgendes aus der Natur der Sache deduciren. Mit dem Concurse tritt der Grundsatz der Vertheilung gleichmäßiger oder nach Anleitung der gesetzlichen Prioritätsordnung auszumittelnder Dividenden an sämmtliche Gläubiger in Kraft. Dieses Princip bildet aber den Gegensatz

---

rung voraussehen mußte, Waaren und Effecten ohne Gegenleistung weggiebt oder bedeutend unter dem Marktpreise verschleudert."

[1]) Neue Falliten-Ordnung art. 104. "Leichtsinnige Falliten sind: 1) die gefährliche Entreprisen über ihr Vermögen über sich nehmen, und sich mit dem verbotenen Actien-, Premien- und anderem dergleichen Windhandel befassen, 2) die, welche ohne Assecuranz ihr Vermögen weit übersteigende Summen der See und Ungewitter anvertrauen." Hamb. Entwurf art. 207. "Leichtsinniger Fallit ist: 1) wer sich in gewagte, mit seinem Vermögen in keinem Verhältniß stehende oder gar mit fremdem Gelde gemachte Speculationen oder Unternehmungen einließ; 2) welcher ohne Assecuranz sein Vermögen weit übersteigende Summen der See anvertrauet." Das Preuß. Gesetzbuch von 1851 faßt die obigen drei Rubriken in § 261 so zusammen: 1) wenn sie durch Ausschweifungen, Aufwand, Spiel oder Differenzhandel mit Waaren oder Börsen-Effecten übermäßige Summen verbraucht haben oder schuldig geworden sind; . . . 4) wenn sie, obgleich das Vermögen nach der letzten Bilanz nicht die Hälfte der Schulden deckte, neue Schulden gemacht oder Waaren oder Creditpapiere unter dem Werthe verkauft haben."

[2]) Hamb. Entwurf art. 206. "Boshafter Fallit ist . . . 3) wer sich durch falsche Angaben Credit erschleicht." Vergl. Escher Lehre vom Betruge S. 295. "Wer creditirt, der muß immer wissen, daß er anvertraut, wagt, und er thut es meist um gehofften Gewinnes willen."

zu dem Verfahren des solventen Schuldners: der letztere befriedigt oder sichert die einzelnen Gläubiger nach einander in der ihm beliebigen Reihefolge, und braucht sich davon nicht durch die Sorge um die noch unbefriedigt bleibenden zurückhalten zu lassen, welche vielmehr auf das Nachbleibende oder den ferneren Erwerb sich verwiesen sehen. Deshalb wird eine consequente Gesetzgebung von dem durch die Willkür drängender Creditoren oder des Schuldners bestimmten Termine der Concurseröffnung zurückgreifen in den Zeitraum, wo der Concurs bereits als unvermeidlich bevorstehend von dem nachherigen Falliten erkannt wurde, und ihm schon von diesem Momente an jede willkürliche Störung des legalen Concursplanes untersagen, vielmehr dessen Sicherung zur Pflicht machen. Gestört wird der Plan des künftigen Concurses zwar nicht durch Auslieferung anvertrauten Gutes, durch Berichtigung privilegirter Forderungen 2c., wohl aber durch jede Bevorzugung einzelner Gläubiger im Vergleich mit der von ihnen zu erwartenden Dividende, weil dieser Ueberschuß dem Antheil der übrigen Creditoren entzogen werden muß, und der theilweise Befriedigte noch seine Restforderung bei der Masse geltend macht. Da nun ein concursmäßiges Privatverfahren von dem Schuldner selbst unmöglich durchgeführt werden kann, so bleibt nichts übrig, als ihm von jetzt an jede freiwillige, die Prioritätsordnung in concreto verrückende Befriedigung oder Sicherstellung einzelner Gläubiger zu untersagen und die Uebertretung dieser Vorschrift für strafbar zu erklären,[1] sofern nicht etwa die Berichtigung von sogenannten

---

[1] Den complicirteren Fall, wo der Schuldner durch solche Begünstigungen zugleich ein Unrecht gegen einzelne andere Gläubiger begeht, erwähnt die Neue Falliten-Ordnung art. 102. No. 6: "Die, welche kurz vor ihrem Fallissement, und da sie dasselbe unvermeidlich vor sich gesehen, dennoch Gelder und Waaren aufborgen und ankaufen und ... Andere damit decken." Hamb. Entwurf art. 206. No. 6. "Wer zur Begünstigung eines oder mehrerer Gläubiger unbezahlte Wechsel, Waaren, Conossemente oder andere unbezahlte Gegenstände veräußert oder verpfändet hat."

Ehrenschulden die nämliche Straflosigkeit verdient, welche aus sittlichen Rücksichten, z. B. die Verletzung im Nothstande naher Angehörigen findet. — Dieses Verbot, im Interesse der Creditorschaft, beschränkt sich jedoch auf freiwillig von dem Schuldner, der nicht hoffte oder nicht hoffen durfte, sich aus dem Zustande materieller Insolvenz durch Fleiß und Glück noch herauszuarbeiten vorgenommene Zahlungen und Deckungen. Davon abgesehen werden die Gläubiger in diesem Stadium ferner benachtheiligt durch Aufzehrung der vorhandenen Activa vom Schuldner, durch deren weitere Schmälerung mittelst ungünstiger Geschäfte, und durch jede Befriedigung, welche von Einzelnen auf dem Executionswege ohne Zuthun des Schuldners erzwungen wird. Solchen Verlüsten läßt sich nicht anders vorbeugen als durch die mit gesetzlicher Strafdrohung verknüpfte weitergehende Vorschrift an den Schuldner, sich dann sofort insolvent zu erklären, wenn er sich bewußt wird, daß er sich nur etwa noch einige Zeit auf Kosten seiner Gläubiger hinzuhalten, nicht aber den drohenden Concurs durch eine mit Wahrscheinlichkeit zu erwartende Verbesserung seiner Verhältnisse abzuwenden vermöge.

Dem vorstehenden Abriß wollen wir drei kurze Bemerkungen anhängen. — Nach moralischen oder psychologischen Kriterien unterscheiden neuere Gesetze den boshaften, muthwilligen, leichtsinnigen, unbesonnenen, einfachen ꝛc. Bankerott. Die Willkührlichkeit solcher Klassen erhellt z. B. daraus, daß eine übertriebene Consumtion durch Aufwand oder Spiel in der Neuen Falliten-Ordnung unter die boshaften, nach unserm Hamburger Entwurfe dagegen zu den leichtsinnigen Falliten rangirt wird, und daß dies letztere Gesetz nicht den leichtsinnigen Bankerott überhaupt mit Strafe bedrohet, sondern nur "denjenigen leichtsinnigen Falliten," auf welchen eines der aufgefühten sieben Merkmale paßt, unter denen auch der zweimalige Rückfall in Leichtsinn sich findet. Eine Strafabmessung nach inneren Momenten würde die betrügerische Bereicherung als das schwerste und gefährlichste der bei dem Bankerott vorkommenden Vergehen besonders auszuzeichnen

haben, und im Uebrigen neben dem Gesichtspunkte des größeren oder geringeren materiellen Schadens für die Berücksichtigung der verschiedenen Schuldstufen unter der höchsten, wie deren Möglichkeit durch die Form des Gesetzes (Verbot, Gebot, zu vermeidender Erfolg) bedingt wird, hinlänglichen Raum lassen müssen, um ungerechte, d. h. bei innerer Ungleichheit der einzelnen Fälle gleichlautende Strafurtheile zu verhüten. — Es gehört zweitens zur Beurtheilung des einzelnen Falles zum Theil technische Kenntniß, namentlich zur Prüfung der als Vorbereitung auf eine aufrichtige Vermögens-Abtretung erforderlichen Buchführung hinsichtlich ihrer Ordnung, Deutlichkeit und Vollständigkeit. Außerdem aber sollen die Antecedentien des Falliten geprüft werden, um zu entscheiden ob er haushälterisch gewirthschaftet oder im Verhältniß seiner Einnahme dissipirt hat, ob seine Geschäftsführung solide und umsichtig oder tadelnswerth war, ob er besonnen und thätig, nur durch Mißgeschick in Verfall gerathen ist u. s. w. Die Natur dieser Aufgabe zeigt, daß sie durch die Legislation nicht genauer präcisirt, und eben so wenig von Gesetzkundigen oder von Gelehrten, sondern nur von Solchen beantwortet werden kann, welche die Fähigkeit haben und den Beruf erhalten, sich mit eigener Sachkunde in die wechselnde Situation des jetzigen Falliten zurück zu versetzen, ihn nach ihren eigenen Erfahrungen und Grundsätzen zu beurtheilen. Nur müßte statt der verlierenden Gläubiger, deren Berichten unser Gesetz eine so gewichtige Stimme bei der Entscheidung einräumt, jene Function unpartheischen Fachgenossen des Schuldners übertragen werden. — Dies gilt drittens insbesondere auch von den practisch wichtigen Fragen, ob dem Falliten die Begünstigung einzelner Gläubiger oder die Verzögerung seiner Insolvenzerklärung zum Vorwurf gereiche? Wenn es auf die Würdigung so individueller Situationen und persönlicher Beziehungen ankommt, so muß dieselbe, um gerecht und vernünftig zu seyn, dem freien und unbefangenen Urtheil der Gleichstehenden anheimgegeben werden, anstatt willkürliche Schablonen mit formell allgemeiner Gültigkeit aufstellen zu

wollen. Man kann es deshalb nicht billigen, wenn der Hamburger Entwurf eine specielle civilrechtlich erlaubte Art einzelne Gläubiger sicher zu stellen wegen ihrer oft misbräuchlichen Anwendung als das unbedingte Merkmal leichtsinnigen Fallissements verpönt,[1] und eben so wenig wenn die Rechtzeitigkeit der Insolvenzerklärung von irgend einem starren Procentsatze abhängig gemacht wird.[2] Derartige wohlfeile Sävitien, welche die zufällige Gerechtigkeit einzelner mit der nothwendigen Ungerechtigkeit mancher anderen Fälle zu compensiren sich getrösten, sind ein kümmerliches Surrogat für eine heilsame Legislation, deren Einsicht in die große Verschiedenheit der concreten Verhältnisse sich mit Anordnung von Formen begnügt, die jedem einzelnen Falle die ihm gemäße Behandlung im voraus sichern.

---

[1]) Hamb. Entwurf art. 207. "Mit Gefängniß bis zu sechs Monaten ist zu bestrafen derjenige leichtsinnige Fallit ... 5) welcher in der Absicht, seinen übrigen Gläubigern die Mittel zu ihrer Befriedigung dadurch zu entziehen (?), durch Uebereinkunft mit einem oder mehreren seiner Gläubiger sein gesammtes Mobiliar, sein Waarenlager, oder den dem Werthe nach größeren Theil des einen oder des anderen, veräußert oder verpfändet hat, während ihm die fortgesetzte Benutzung oder die Verfügung darüber gestattet worden ist." Straflos ist hiernach die Deckung durch Cession von Ausständen, so wie durch Waaren oder Mobilien bis zur Hälfte ihres Gesammtwerthes.

[2]) Hamb. Entwurf art. 207. No. 6. "Jeder, dessen Buchgläubiger aus der Masse nicht mindestens zehn Procent erhalten." Der Trummer'sche Entwurf verlangte eine Dividende von zwanzig Procent, die Bremer Verordnung von 1843 in § 253 fünfundzwanzig Procent. Vorsichtiger definirt die Neue Falliten-Ordnung art. 104 leichtsinnige Falliten als solche, "die es so lange halten, daß sie ihren Creditoribus nicht 40, 30 und 20 Procent geben können, es sey denn, daß unvermuthete Unglücksfälle bei ihnen auch einen schleunigen Abgang der Nahrung verursacht hätten, oder daß sie eine andere gültige Ursache, warum sie es so lange gehalten, angeben könnten."

## § 9.

### Fortsetzung.

Kaum scharf genug kann der bisher betrachtete Einfluß des Concurses auf die persönliche Behandlung des Falliten von der Einwirkung auf sein ferneres Vermögen getrennt gehalten werden, um für die Beantwortung dieser Frage wenigstens den richtigen Standpunkt nicht zu verfehlen. Wir haben dabei das strafrechtliche Problem völlig zu verlassen, und uns wieder auf das Gebiet des Privatrechts zu stellen. Auch hier aber kann die gangbare Lehre nur durch einen geschichtlichen Rückblick auf ihre Quellen verständlich werden.

Die venditio bonorum des römischen Concurses ist der Gegensatz zu der Execution gegen die Person des Schuldners, welche als Schuldknechtschaft die zuerst allein bekannte, auch später gesetzlich regelmäßige und noch im neuesten Recht vorkommende Art der Vollstreckung bildete. Ganz wie im älteren deutschen Recht kommt die venditio bonorum, veranlaßt durch missio in bona, ursprünglich nur als Surrogat der Schuldhaft vor, in Fällen, wo letztere unanwendbar ist, also bei einem insolventen Nachlaß und gegen einen Schuldner, der sich versteckt hielt oder flüchtig war. Später übt der Gläubiger das Wahlrecht, auch gegen einen anwesenden Schuldner auf den Güterverkauf anstatt auf Personalhaft mit der actio judicati anzutragen. Endlich kann auch der Schuldner seinerseits die ihm drohende Schuldknechtschaft durch cessio bonorum nach der lex Julia abwenden, und dadurch die venditio bonorum in ihrer späteren Form herbeiführen. [1]) Herbeigeführt wird also der Concurs entweder durch den Gläubiger, der die Nachsuchung der missio in bona dem Executionsverfahren gegen die Person vorzieht, oder durch den Schuldner mittelst der freiwilligen Vermögens-

[1]) Gajus III, 77.

abtretung. Liberirt kann der Schuldner durch Hingabe seines dermaligen Vermögens, sey sie eine erzwungene oder freiwillige, nur so weit werden, als die Gläubiger auf diesem Wege Befriedigung erhalten, also in der Regel nur theilweise; denn die einzige nothwendige Folge des Concurses ist die dadurch bewirkte vorläufige Befreiung von der persönlichen Haft. Bei der Immission in die Güter eines anwesenden Schuldners folgt diese Befreiung aus dem Entschlusse des Gläubigers, vorerst diesen Weg versuchen zu wollen; bei der Cession bildet sie den Inhalt des durch deren Einführung gewährten Schutzmittels. Von selbst versteht sich aber, daß der Schuldner auch später solchen Forderungen, welche und so weit sie noch nicht durch den Güterverkauf erledigt worden sind, gerecht werden müsse. [1]) Diese Forderungen können theils diejenigen der nur theilweise abgefundenen Gläubiger des ersten Concurses, theils erst in späterer Zeit entstandene seyn. In beiden Fällen fragt sich, ob der frühere Concurs den Schuldner auch für die Folgezeit vor der Execution gegen seine Person durch Schuldhaft schütze, und ob er ihm außerdem noch weitergreifende, also auch Vermögens-Vortheile sichere? Diese letztere Distinction bezieht sich darauf, daß das sogenannte beneficium competentiae, oder die ausnahmsweise Verurtheilung in id quod quis facere potest, ursprünglich den Schuldner zwar von dem Haften mit seiner Person befreiete, ihm jedoch sein ganzes Vermögen ohne Ausnahme entzog, wogegen im späteren Recht, als bereits die Vermögens-Execution das Gewöhnliche geworden war, die Verurtheilung, wenn sie nicht in solidum, sondern in id quod facere potest erfolgte, den milderen Sinn

---

[1]) L. 1. C. qui bonis cedere poss. (7, 71). "Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati. In eo enim tantummodo hoc beneficium eis prodest, ne judicati detrahantur in carcerem." L. 7. eod. ". . . cum apertissimi juris est, et inter patres familias et inter alieno juri subjectos, si quid postea eis pinguius accesserit, hoc iterum usque ad modum debiti posse a creditoribus legitimo modo avelli."

erhielt, daß dem Verurtheilten auch die unentbehrlichen Subsistenzmittel nicht entzogen werden dürften. [1]) Dieser Satz wird als ein allgemeiner ausgesprochen, so daß er wenigstens für das Justinianische Recht wohl nicht auf die schon früher in begränzter Weise privilegirten Schuldner wie den Schenker, den socius, nahen Verwandten u. a. eingeschränkt werden darf.

Ueber das Verhältniß der erst nach dem Concurse entstandenen Forderungen wissen wir nur, daß ein Theil der römischen Juristen der Ansicht war, der Schuldner, welcher bonis cedirt hatte, müsse auch gegen jene vor der Execution in seine Person geschützt seyn. [2]) Daß dieses zugleich als geltendes Recht anzusehen sey, und der Schuldner gegen solche Gläubiger sogar auch das benef. competentiae in dem neueren Umfange habe, ist die zwar milde, aber unerweisliche Meinung. [3]) Was aber die Forderungen ex ante gesto betrifft, so hatten diese ein Klagrecht in solidum, d. h. mit der vollen civilrechtlichen Wirkung die Execution gegen die Person des Schuldners richten zu dürfen, nur als Strafe für seinen etwaigen dolus; [4]) hiervon abgesehen und im Allgemeinen wird ihnen ein solches Klagerecht als inhuman und unbillig verweigert; der Schuldner haftet also

---

[1]) L. 173. D. de R. J. (50, 17). "In condemnatione personarum, quae in id quod facere possunt damnantur, non totum quod habent extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est ne egeant." Francke im Archiv für civil. Praxis. Bd. 23. No. 14.

[2]) L. 4. § 1. D. de cessione bonor. (42, 3). "Sabinus et Cassius putabant, eum qui bonis cessit ne quidem ab aliis, quibus debet, posse inquietari."

[3]) Diese Ansicht vertheidigt noch Thibaut civil. Abhandlungen S. 350 folg.

[4]) L. 51 pr. D. de re judicata (42, 1). "Si quis dolo fecerit ut bona ejus venirent, in solidum tenetur." L. 6. C. de revocand. his quae in fr. (7, 75). Hier wird gleichgestellt "in quantum facere potest vel dolo malo fecit quo minus possit." L. 25. § 7. D. quae in fraud. cred. (42, 8).

ihnen nach dem Concurse nur mit seinem erworbenen Vermögen in id quod facere potest. [1]) Daß hierbei gerade eine frühere cessio bonorum erwähnt wird, berechtigt nicht anzunehmen, daß etwas Anderes gegolten habe, wenn der Concurs und die venditio auf anderem Wege herbeigeführt worden wäre; die Cession mußte aber, da sie jedenfalls von der Schuldhaft und der Infamie befreiete, eben so gewöhnlich werden, wie noch jetzt die Insolvenzerklärung als Veranlassung des Concurses.

Da die nur theilweise befriedigten Concursgläubiger gleichmäßig zur Nachforderung berechtigt und bei derselben interessirt waren, so konnte die Entstehung eines zweiten Concurses durch sie weder unmöglich noch ungewöhnlich seyn, [2]) obschon nicht zu bezweifeln ist, daß auch jeder Einzelne seinen Weg mittelst der später aufgekommenen Execution durch Auspfändung selbstständig verfolgen konnte. Zu Beidem aber bedurfte es der Gestattung des Prätors, und dieser genehmigte den erneuerten Angriff auf den Schuldner nur dann, wenn der von letzterem gemachte neue Erwerb verhältnißmäßig beträchtlich war, wenn ein idoneum emolumentum nachgewiesen werden konnte, so daß der Prätor nach vernünftigem und billigem Ermessen zu der Ueberzeugung bewogen wurde, daß es dabei nicht auf eine nutzlose Quälerei des Schuldners abgesehen sey. [3]) Der hierbei aufgestellte Gesichts-

---

[1]) § 40. J. de action. (4, 6). "Cum eo quoque, qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid acquisierit quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id quod facere potest creditores experiuntur: inhumanum enim erat, spoliatum fortunis suis in solidum damnari." L. 4. D. de cessione bonor. (42, 3). "Is qui bonis cessit, si quid postea acquisierit, in quantum facere potest convenitur."

[2]) Gajus II, 155: "... cum ceterorum hominum, quorum bona venierint, pro residua portione, si quid postea adquirant, etiam saepius bona venire soleant."

[3]) L. 6. D. de cessione bon. (42, 3). "Qui bonis suis cessit, si modicum aliquid post bona sua vendita acquisivit, iterum bona

punkt stimmt also mit dem quantum facere potest in der neueren Bedeutung oder dem beneficium competentiae im Resultate überein: der erstere sichert den Schuldner gegen die Nachforderung, wenn und so lange er nur so viel erworben hat, als zu seinem Lebensunterhalt erforderlich ist; das zweite erlaubt ihm, auch von erklecklichem neuem Erwerbe die unentbehrlichen Subsistenzmittel für sich zurück zu behalten.

Bei Reception des Römischen Rechts in Deutschland war für die humane Gestalt, in welcher dort das Schuldrecht nach den neueren Rechtsquellen erscheint, die Zeit noch nicht reif. Es mag von den gesetzlichen Folgen der cessio bonorum vielleicht weniger das beneficium competentiae, als die näher liegende Befreiung von Ehrlosigkeit und besonders von der Schuldhaft gewesen seyn, was jenes Rechtsinstitut als ein den Gläubigern odiöses erscheinen ließ. Wenn der Schuldthurm auch kein Zahlungsmittel herbeizuschaffen vermochte, vielmehr neue Aufwendungen zur Alimentirung des Insolventen erforderte, so fühlte er doch bei rohen Naturen den Verdruß, und befriedigte die Rachlust, welche nicht das Unglück des Schuldners, sondern nur den eigenen unverdienten Verlust erwog. Es ist schon früher (S. 290) angeführt, daß die Güterabtretung mit ihren Consequenzen zwar im 16. Jahrhundert in Hamburg gebräuchlich, nachher aber aus unserem wie aus mehreren auswärtigen Statuten wieder ausdrücklich entfernt wurde. Von dem Schuldarrest oder, nach Wahl des Gläubigers, der Relegation auf geleisteten

---

ejus non veneunt..." L. 7. eod. "Si debitoris bona venierint, postulantibus creditoribus permittitur rursum ejusdem debitoris bona distrahi donec suum consequantur: si tales tamen facultates acquisitae sunt debitori, quibus Praetor moveri possit." L. 3. C. de bonis auct. jud. poss. (7, 72). "Ex contractu qui cessionem rerum antecessit, debitorem contra juris rationem convenies, quum eum aequitas auxilio exceptionis muniat. At tunc demum iterato possis desiderare conventionem, quum tantum postea quaesivit quod praesidem ad ejus rei licentiam debeat promovere."

Armuthseid soll zufolge art. 13. tit. 41. Stat. den zu exequirenden Debitor die Abtretung seiner Güter nicht befreien. Auch das Concursverfahren hatte keineswegs die Folge, den Falliten gegen die Verfolgung seiner Person definitiv zu schützen, vielmehr war die durch das freie Geleit zugesicherte persönliche Freiheit nur eine bedingte und interimistische Vergünstigung, nach deren Aufkündigung dem Falliten nur eine Frist von 24 Stunden bleiben sollte, um sich hinweg zu machen, [1]) und die Concursordnung des Stadtrechts schließt mit dem Satze (aus der Nürnberger Reformation):

"Welche alsdann aus den allhier vorhandenen Gütern nicht können bezahlet werden, denen soll frei seyn, des flüchtigen Person an was Orten und Enden sie dieselbige antreffen werden, zu verfolgen, in Verhaftung zu nehmen und ihre Bezahlung zu suchen: dazu wir ihnen unsere Bittbriefe und Executoriales auf ihr Begehren und Kosten mittheilen wollen."

Den nämlichen Satz lesen wir noch am Schlusse der Falliten-Ordnung von 1647 und der Gerichts-Ordnung von 1711 (tit. 54. art. 47). Die cessio bonorum erschien daher als ein singulärer Eingriff in das vaterländische Princip, als eine exceptionelle Wohlthat für den Schuldner, und dieser Wohlthat konnte, unter dem Schutze einer exorbitanten Milde, höchstens derjenige für würdig gehalten werden, der durch erweisliche Unglücksfälle in den Zustand der Insolvenz gerathen war; jeder andere Schuldner blieb, abgesehen von der öffentlichen Strafe, die ihn "Anderen zum Abscheu" treffen sollte, jedenfalls wegen des durch ein Concursverfahren ungedeckten Theiles der Forderungen seinen Creditoren nach wie vor mit seiner Person und etwaigem Vermögen verhaftet. So verfügt noch der Reichsabschieds-Anfang von 1670: es "solle niemand ad cessionem bonorum gelassen werden, es sey dann kundbar oder der Nothdurft nach dar-

---

[1]) Falliten-Ordnung von 1647 art. 8. Gerichts-Ordnung von 1711 tit. 54. art. 35.

gethan, daß er ohne sein oder der Seinigen Verschulden zu solchem Unvermögen gekommen, daß er seine Gläubiger nicht zu bezahlen habe . . . Da sich aber e contrario befindet, daß der Schuldner durch sein oder der Seinigen geübte Pracht, Spielen, Trinken, Unfleiß und Nachlässigkeit, und dergleichen unordentliches Wesen in Abfall kommen: der solle nicht allein des beneficii cessionis nicht zu genießen haben, sondern ꝛc." Während also nach Römischem Recht die Güterabtretung als eine ganz allgemeine gesetzliche Befugniß erscheint, deren vortheilhafte Folgen nur Demjenigen, welcher dabei dolose verfuhr, zur Strafe wieder entzogen werden konnten, [1]) tritt sie den deutschen Ansichten als ein, das gute Recht der Creditoren beeinträchtigendes Privilegium gegenüber, welches als ein Ausfluß großmüthiger Schonung und unverdienter Barmherzigkeit höchstens Demjenigen gewährt werden könne, der solche Mitleidsgefühle für sich zu erwecken verstanden hat. Nach Römischem Recht genügt zur cessio bonorum eine formlose außergerichtliche Willenserklärung des Schuldners; [2]) nach dem angeführten Reichsgesetz soll er nur "durch Erkenntniß des Richters dazu gelassen werden." In Rom bildet die Cession den regelmäßigen Anfangspunkt des Concurses und die Veranlassung zu dem weiteren Verfahren; bei uns dagegen erscheint sie als das günstigste Resultat der gesammten Procedur, als Belohnung für solche Falliten, welche nach dem Schlußbericht als lediglich unglückliche zufolge des technischen Begriffes classificirt werden. (Neue Falliten-Ordnung art. 107. § 1.)

Neben diesem jus strictum hatte sich jedoch in der Praxis das mit dem Römischen Recht bekannt gewordene Ver-

---

[1]) Bayer Concursproceß § 17. Note 4. "Es ist eine unrichtige Vorstellung, daß die Handlung selbst, das bonis cedere, nur unschuldig verunglückten Schuldnern gestattet war. Cediren konnte Jeder; nur die Vortheile der cessio kommen nicht Jedem zu Statten."

[2]) L. 9. D. de cessione bon. (42, 3). L. 6. C. qui bonis ced. (7, 71).

gleichsverfahren ausgebildet. Dessen Vortheil für die Gläubiger bestand in der Vermeidung des schwerfälligen, weit-aussehenden, kostspieligen und für die Gläubiger der letzten Klasse hoffnungslosen Concursprocesses. Für den Schuldner aber war dasselbe auch in der hier fraglichen Rücksicht auf sein künftiges Vermögen noch weit vortheilhafter als die cessio bonorum. Denn eine Combinirung des Stundungsvertrages mit dem Nachlaßvertrage zur vollständigen Abtragung der Schulden in gewissen Terminen scheint selten vorzukommen, und wenigstens unter Kaufleuten mußte die sofortige oder gesicherte Baarzahlung eines Theiles der Forderung der immer problematischen Aussicht auf allmählige Rückzahlung des Ganzen meistens vorgezogen werden. In dem Wesen des Nachlaßvertrages ist aber dann der definitive Verzicht auf den Rest der Forderungen von selbst gegeben, und konnte dieses, als seine natürliche Bedingung und Folge, auch früher eben so wenig bezweifelt werden, wie bei den heut zu Tage geschlossenen außergerichtlichen Accorden. — In der Zeit vor der Neuen Falliten-Ordnung war demnach die Frage nach dem Nachforderungsrechte absorbirt durch die Alternative: entweder kommt der Nachlaßvertrag zu Stande, und dann kann von etwas Weiterem als der Erfüllung seiner Stipulationen begriffsmäßig nicht die Rede seyn; oder es kommt zum gerichtlichen Concurse, und dann lebt mit dessen Beendigung das frühere Recht der nicht zum Vollen befriedigten Gläubiger an jedem möglichen Objecte der Realisirung mit ungeschmälerter Kraft wieder auf.

Die Neue Falliten-Ordnung hat die Vorschriften über diesen Punkt ihrer Classificirung der Falliten in vorsätzliche, leichtsinnige und unglückliche angeschlossen. Die für unglücklich censirten sollen als "des Mitleidens werthe Personen, wenn sie ihren unverschuldeten Abgang der Nahrung klärlich documentiren werden," zur cessio bonorum gelangen, aber nicht nur so, daß sie dem Römischen Nachforderungsrecht mit Vorbehalt des benef. competentiae unterworfen blieben,

sondern mit dem Effecte, daß sie ihre Güter "ihren Creditoribus zu völliger Abtragung aller ihrer Schulden cediren, und damit von denselben ganz frei, los und entbunden seyn." (Art. 107. § 1.) Diese Ausdrücke enthalten sehr deutlich, durch den Ausschluß jedes Nachmahnungsrechts eine wesentliche Modification des gemeinen Rechts, aber eine solche, wie sie eine juristische Selbstfolge des Accordverfahrens seyn würde, wenn letzteres nur ein freiwilliges statt des gesetzlich erzwungenen wäre. — Von dem vorsätzlichen oder boshaften Falliten ist in dieser Beziehung gar nicht die Rede; man darf mit Sicherheit dieses Stillschweigen dahin auslegen, daß das bisherige statutarische Recht ungeändert bleiben sollte, welches ihn nach Beendigung des Concurses der ferneren ungehinderten Verfolgung jedes einzelnen Creditors aussetzt, zumal da nur hierin eine für die Gläubiger günstigere Situation, als in welcher sie dem blos leichtsinnigen Falliten gegenüber sich befinden erblickt werden kann. — Die leichtsinnigen endlich sollen "von ihren Schulden nicht können befreiet werden, sondern immerhin verhaftet bleiben, bis sie den Schaden, den sie ihren Creditoribus an Capital und Zinsen verursachet, wenigstens mit 80, 60 und 40 Procent baar erstattet, oder ihre Zeit auf dem Winserbaum abgesessen haben" (art. 105). Dieses Absitzen auf dem Winserbaum wird von dem Gesetze ganz besonders favorisirt; denn Diejenigen, aus deren Masse die Creditores nicht 40, 30 und 20 Procent genossen, sollen nach Maaßgabe der fehlenden Procente auf ein bis vier Jahre dorthin auf den sogenannten schweren Schilling, und zwar ex officio, ohne gerichtlichen Proceß, auch ohne daß ihre Creditores es ausdrücklich verlangen mögten, gesetzt, und sie daselbst aus dem gemeinen Gute so lange unterhalten werden. Zwar konnte ein solcher, auf Staatskosten geatzter und dadurch zugleich von allen alten Schulden gereinigter leichtsinniger Hamburger seine neue Laufbahn mit weit frischeren Kräften beginnen, als ein Römer, der bonis cedirt hat; gleichwohl ist diese Verwirrung von Strafe, Schuldhaft und Nachmahnung auffallend genug.

Deutlich wird übrigens bestimmt (art. 105. § 6), daß diejenigen, welche ihren Gläubigern 80, 60 und 40 Procent vergütet oder auf dem Winserbaum ihre Zeit abgesessen haben, von ihren Gläubigern zu keiner weiteren Zahlung angehalten werden können. Das Gesetz präsumirt, das Gewissen werde ihnen dennoch andeuten, "daß, wenn sie zu einem besseren Glücke gelangen, ihre Verbindlichkeit durch obige scheinbare Genugthuung nicht erloschen, vielmehr dahin beibehalten geblieben sey, daß sie mit möglicher Einschränkung ihrer Ausgaben, ihre vorhin von ihnen betrogenen Creditores nach Möglichkeit zu befriedigen, ihr Hauptaugenmerk mit seyn lassen. In welcher Hoffnung, und daß viele ihre eigene Ehre und ein gutes Gewissen dazu treiben wird, wollen wir sie auch mit der juratorischen Caution, die ihnen die allgemeinen Rechte auf den Fall eines besseren Glückes bei der Befreiung von ihren Schulden sonst auflegen, hiemit verschonen."

Mit diesen Vorschriften ist, als die neueste über unsere Materie, nur noch der fünfte Additional-Artikel von 1772 in Verbindung zu setzen. Er lautet:

"Ein Jeder, der falliret hat und noch der Nachmahnung unterworfen ist, soll auf Verlangen auch nur eines einzigen Creditoris alle 5 Jahre von Zeit der Entscheidung der Curatorum an, vor einem der Wohlweisen Herren Praetorum gefordert werden können, um eidlich zu erhärten, daß er nicht im Stande sey, ohne seinem und der Seinigen nothwendigen Unterhalt es zu entziehen, etwas, oder mehr, als wozu er sich erkläret, nachzuzahlen; da denn dasjenige, was er geben kann, unter sämmtliche Creditores pro rata zu vertheilen ist. Würde er aber einer verschwenderischen und üppigen Lebensart überführt werden können, so soll er dafür dem Befinden nach mit einer verdienten Strafe angesehen werden."

Das erste, was hierbei in die Augen fällt, ist die Bemerkung, daß sich diese Neuerung auf einen Theil der leichtsinnigen und möglicher Weise auf die vorsetzlichen

Falliten [1]) zu beziehen scheint. Die unglücklichen nämlich werden durch Abtretung ihrer Güter von den Gläubigern ganz frei, los und entbunden, und sind überall keiner Nachmahnung unterworfen; eben so wenig diejenigen leichtsinnigen, welche entweder 80, 60 und 40 Procent vergütet, oder ihre Zeit auf dem Winserbaum abgesessen haben, indem weitergehende Leistungen für sie nur die Erfüllung einer Gewissenspflicht seyn würden. Es bleiben also für das Recht der Nahmahnung nur die vorsetzlichen oder boshaften, und unter den leichtsinnigen Diejenigen, welche zwischen 40, 30, 20 und 80, 60, 40 Procent geliefert haben; denn solche, deren Masse noch weniger austrug, sollten ja ex officio zum Absitzen in ein bis vier Jahren genöthigt werden; nach einem Maaßstabe, welcher ungeachtet seiner Willkürlichkeit doch darüber keinem Zweifel Raum läßt, daß auch diese "scheinbare Genugthuung" den Civileffect einer reellen durch Befreiung von weiterer Nachmahnung zur Folge hat. Mag man nun auch annehmen, daß in diesem speciellen Punkte die Theorie der Falliten-Ordnung selten oder nie zur Anwendung gelangt sey, so wäre damit die fortwährende Verhaftung aller leichtsinnigen Falliten, das Recht jedes Gläubigers durch Execution und Schuldhaft die Nachmahnung gegen sie zu exerciren, nicht nur vereinbar, sondern müßte dann als das einzig Richtige und Consequente erscheinen. Dafür spricht der nirgend aufgehobene statutarische Grundsatz, welcher den Gegensatz zu der nur auf unglückliche Schuldner beschränkten Rechtswohlthat bildet, und auf leichtsinnige, obschon deren Bestrafung nicht unbedingt ausgeführt wird, eben so wohl wie auf vorsetzliche anwendbar seyn dürfte. Auch läßt sich diese Rechtsansicht in einzelnen Spuren nachwei-

---

[1]) Nach der Praxis ist es jedoch unstreitig, daß in Betreff der vorsetzlichen Falliten das frühere Recht ungeändert fortbesteht. Eben so werden Diejenigen, welche, ohne im hiesigen nexus zu stehen, sich hier insolvent erklären, behandelt, nach dem Extract. Prot. Senatus vom 18. December 1816.

sen.[1] Von diesem Standpunkte aus müßte man geneigt seyn, den fünften Additional-Artikel nur als eine processualische Vorschrift zu verstehen, als eine Befugniß jedes Gläubigers seinen Antrag auf Nachvollstreckung unter Anderem auch durch Eidesdelation zu begründen; die Beschränkung auf fünfjährige Termine wäre aus der löblichen, obschon mit unserem ganzen Proceßsystem contrastirenden Tendenz zu erklären, den Ernst der Eidesleistung nicht durch zu häufige Vexationen mit ihr zu untergraben; von selbst aber verstände es sich, daß daneben jeder Gläubiger zu jeder Zeit berechtigt geblieben wäre, mit Hülfe aller sonstigen Beweismittel den neuen Erwerb des Schuldners durch dessen Thätigkeit oder durch Glücksfälle nachzuweisen. Auch der Zwang zum Absitzen der alten Schuld könnte füglich wenigstens für die vorsetzlichen Falliten dabei bestehen, wenngleich man den nur leichtsinnigen das römische beneficium competentiae einräumen zu müssen meinte.

Dennoch muß diese ganze Auffassung verworfen werden, und einer anderen, auch durch gerichtliche Präjudicate festgestellten weichen. Die ursprüngliche und natürliche Folge des Nachlaßvertrages, jedes Nachforderungsrecht auszuschließen, konnte sich um so leichter in der Rechtsansicht der Betheiligten erhalten, da die Falliten-Ordnung für das durch sie näher entwickelte Accordverfahren das Gegentheil nicht mit gehöriger Deutlichkeit geordnet hatte, und als jene Ansicht auch der bis dahin gewöhnlichen Behandlung der Fallitsachen vor der Rathscommission durchaus entsprach. Bei der jetzt angedroheten confusen Erfindung einer offiziellen Schuldhaft für

---

[1]) Anderson Hamb. Privatrecht Th. 5. S. 392 führt einen Rechtsfall an, in welchem der Beklagte sich gegen eine Schuldklage darauf berief, daß er früher eingekommen sey und seine Schulden nach art. 105 abgesessen habe. Das Gericht erkannte am 16. October 1782: "daß Beklagter sein Assertum, daß er Concurs gemacht, und solutionem legalem per carcerem nach Vorschrift der Neuen Falliten-Ordnung prästiret habe, sub praejudicio zu erweisen schuldig."

die leichtsinnigen hatte die bürgerliche Prüfungsdeputation wenigstens die Einschränkung durchgesetzt: “es wäre denn, daß die mehrsten Creditores nach den Summen für sie intercedirten” (art. 105. § 4); und wie hätte diese Intercession in den Gläubigerconventen von dem Einzelnen verweigert werden mögen, wenn er durch seine Beistimmung statt des Vorwurfes zweckloser Barbarei noch den Schein großmüthiger Humanität gegen einen gemeinschaftlichen Geschäftsfreund sich gewinnen konnte; wie hätte sie, ohne gesetzliche Anleitung, darauf beschränkt werden sollen, daß man nur den sinnlosen Schuldarrest deprecire, dagegen sich weitere Execution gegen künftiges Vermögen des Schuldners ausdrücklich vorbehalten wolle? Wir wissen vielmehr, daß, nach einer dem außergerichtlichen Verfahren ganz adäquaten Vorstellung, auch hinsichtlich der Straffolgen die Classificirung bei den Commissarien, denen nach art. 108 die eigentliche Untersuchung vorzüglich competirte, durch die Gläubiger abgewandt werden konnte und wirklich verbeten zu werden pflegte; denn erst der siebente Additional-Artikel hat dies mit den Worten verboten: “Bei Endigung einer jeden Fallitsache wird E. E. Rath alle und jede Falliten, ohne daß *Creditores* es auf einige Art verbitten können, nach den in der Neuen Falliten-Ordnung bestimmten Classen ex officio per Decretum entweder für Boshafte, oder Leichtsinnige, oder auch Unglückliche erklären.” — Dazwischen war das für den Handel so unglückliche Jahr des Hubertsburger Friedens (1763) gefallen, welches, wie jede große und allgemeine Handelskrise, die Unausführbarkeit strenger Fallitgesetze practisch demonstrirt haben würde, und dessen zahlreiche Fallissemente die gewohnheitsrechtliche Milde gegen insolvente Schuldner noch zu befestigen geeignet waren. Die in Folge dessen eingerissene mißbräuchliche Verletzung guter Sitte veranlaßte die Zusatzartikel zur Falliten-Ordnung von 1772, bei welchen nach der Motivirung die Absicht obwaltete, “den Falliten die Befreiung von ihren Schulden etwas schwerer zu machen, und den häufigen Klagen abzuhelfen, welche man bisher über die aus der gar

zu leichten Befreiung der debitorum entspringenden vielen Fallissemente geführet." ¹) In Betreff der Nachmahnung

---

¹) Der Rath bemerkte in der Proposition vom 9. April 1772: "E. E. Rath hat es für das Beste des Publici und insonderheit des Commercii und dessen Aufrechthaltung, wovon der gute Glaube und die Aufrichtigkeit die stärksten Stützen sind, erforderlich gefunden, die Neue Falliten-Ordnung in einigen Stücken theils zu erläutern, theils abzuändern. Es ist nicht möglich, daß man bei Errichtung eines Gesetzes, mit wie vieler Ueberlegung und Behutsamkeit solches auch abgefaßt worden, alle nachher sich ereignenden Fälle vorhersehen könne, und die Erfahrung lehrt, daß solche oft in der Folge einer genaueren Bestimmung, und die Gesetze selbst eine Erläuterung und Abänderung bedürfen. So wie E. E. Rath überzeugt ist, daß die Erfahrung der Nützlichkeit der Neuen Falliten-Ordnung im Ganzen genommen das beste Zeugniß giebt, so hat es sich dennoch gezeigt, daß einige darin befindliche Verordnungen zu verkehrten Auslegungen und Mißbräuchen Gelegenheit gegeben. Ueberhaupt kann man nicht in Abrede seyn, daß das Mitleiden, diese sonst so edelmüthige Gesinnung, weil es mit den in Verfall gerathenen Schuldnern und deren unglücklichen Schuldnern zuweilen etwas zu weit getrieben seyn mag, viele leichtsinnige Banquerotte veranlaßt habe, und dem allgemeinen Credit nachtheilig geworden sey. Auf diesen Credit muß man indessen in einer Handelsstadt hauptsächlich seine Aufmerksamkeit wenden, und wenn es zur Erhaltung desselben auch nöthig wäre, daß ein wirklich zu bedauernder debitor, um die Gesetze durch Ausnahmen von der allgemeinen Regel nicht zu entkräften, etwas strenger behandelt würde, als sein vormaliges Betragen zu verdienen scheinen mögte, so kann doch ein solcher nicht gar oft sich zutragender Vorfall eine für das allgemeine Beste nothwendige Strenge nicht tadelnswürdig machen. Im Gegentheil ist es eine durch die Erfahrung bestätigte Wahrheit, daß die meisten Insolvenzen aus unverantwortlicher Leichtsinnigkeit herrühren. Bald haben die Falliten eine prächtigere oder wenigstens kostbarere Lebensart geführt als ihre jährliche Einnahme verstattet, und nach und nach ihr eigenes und anderer Leute Vermögen aufgezehrt. Bald haben sie, um geschwinde reich zu werden, oder um ihren übermäßigen Aufwand gut zu machen, sich in weitaussehende, gefährliche, und ihr Vermögen oft vielfältig übersteigende Entreprisen eingelassen, welche gemeiniglich ihre Erwartung betrogen und ihren Nächsten in Schaden gebracht haben. Daher glaubt E. E. Rath, ihnen die Befreiung von ihren Schul-

wurde diese Absicht durch die im fünften Artikel eingeführte Eidespflicht realisirt, welche sonach nicht als eine Milderung, sondern als eine strengere Vorschrift im Vergleich zu der bis dahin geltenden Praxis aufzufassen, zugleich aber als

---

den etwas schwerer zu machen, weil man gesehen, daß Einige zuweilen Mittel gefunden, durch einen vortheilhaften Accord den größten Theil ihres Verlustes auf ihre Gläubiger zu wälzen... Die Befreiung von der Nachmahnung wegen des von einem Dritten unter solcher Bedingung versprochenen Zuschusses ist genauer bestimmt worden, um in Gewißheit zu setzen, daß dieser angebliche Zuschuß nicht ein bloßes Blendwerk sey, oder dadurch das Recht der Creditoren in Ansehung der zur Befreiung erforderten gesetzmäßigen Procente verletzt werde. So hat auch E. E. Rath sein Augenmerk auf die künftige Lebensart der Falliten gerichtet, und dies war um desto nöthiger, da die Geringschätzung, womit das Publicum vormals diejenigen belegte, die andere Leute durch ihre Schuld um das Ihrige gebracht, in den Gemüthern der Einwohner sich vermindert zu haben scheint. Dadurch ist die stärkste Triebfeder des guten Glaubens und der Redlichkeit in Handel und Wandel geschwächt worden. Es ist gewiß, daß die Sitten mehr Einfluß auf die menschlichen Handlungen haben als die Gesetze, und Mancher, der sich vor der Strafe nicht scheuet, welcher er vielleicht durch allerhand Mittel zu entgehen hofft, sich für die Verachtung seiner Mitbürger fürchtet. Aus dieser Ursache hat man verordnet, Keinem, der seine Creditoren nicht wenigstens an Capital zum Vollen befriedigt hat, einen gewissen in die Augen fallenden Aufwand zu verstatten, wenn sein nachheriger Verdienst auch solches erlaubte ... Und so glaubt E. E. Rath Alles gethan zu haben, was in seinem Vermögen ist, um nach seinen besten Einsichten und nach reiflicher Ueberlegung mit den Collegiis den häufigen Klagen abzuhelfen, welche man bisher über die aus der gar zu leichten Befreiung der debitorum entspringenden vielen Fallissemente geführet. Die Erfahrung wird zeigen, ob der gewünschte und gehoffte Endzweck dadurch erreicht sey, oder ob die künftigen Zeiten, welche die Sitten, Gesetze und Meinungen der Menschen verändern, mehrere Zusätze oder andere Verbesserungen erheischen." — Der wichtige art. 5 über das Nachmahnungsrecht gehört zu denjenigen, welche in dieser Deduction mit den Worten abgefertigt werden: "Die Ursachen, welche Senatum und Collegia zu den übrigen Artikeln bewogen, wird Erbg. Bürgerschaft schon von selbst aus der Abfassung derselben ersehen."

stillschweigend correctorisch gegen die einschlagenden Stellen der Neuen Falliten-Ordnung zu interpretiren ist. Wir heben einige einzelne Punkte hervor:

1. Das beneficium competentiae des gemeinen Rechts wird in der Form einer noch im Stadium der Execution zulässigen Einrede geltend gemacht; wenn sein rechtliches Fundament constirt, so unterliegt das Maaß der Berücksichtigung der richterlichen Reflexion, und setzt die Ermittelung der im Ganzen vorhandenen Executionsobjecte voraus. Es hemmt also nicht das ganze, ohne Zuthun und wider Willen des Schuldners vorzunehmende, Vollstreckungsverfahren, sondern beschränkt nur dessen Ausdehnung hinsichtlich des Gegenstandes. Der Nachmahnungseid hingegen hat die peremtorische Wirkung, jede Verweisung zur Execution für jetzt und für die nächsten fünf Jahre abzuschneiden; seine Verweigerung müßte zwar den Kläger in dieselbe Lage bringen, wie gegen einen gemeinrechtlichen Schuldner, der von der ihm zustehenden Rechtswohlthat keinen Gebrauch macht; davon abgesehen aber geht das Recht des Gläubigers nicht weiter als die Pflicht des Beklagten, d. h. auf eine eidliche Angabe, ob er gar nichts oder wie viel er deductis deducendis nachzuzahlen im Stande sey. Wie die Untersuchung des exequirenden Richters, so ist auch jede andere Beweisführung, die der eidlichen Erklärung vorher oder nachher entgegentreten und sie zu entkräften versuchen mögte, von dem Gesetzgeber ausgeschlossen, der hierbei nicht weiter gehen wollte, als den entschlagenen Falliten zu einer periodischen Declaration zu nöthigen, deren Wahrheit unbedingt seiner Gewissenhaftigkeit überlassen bleiben sollte. Diese Ansicht ist auch, nachdem früher das Obergericht einen solchen Gegenbeweis einmal zugelassen hatte, [1]) vom Handelsgericht in folgender Entscheidung ausgesprochen:

---

[1]) Kähler c. Schmeichel, 25. Mai 1821: "daß Beklagter die im fünften Add.-Artikel der Neuen Falliten-Ordnung vorgeschriebene Erklärung pto. dessen, ob und was er nachzubezahlen im Stande.

Dr. Halle m. n. c. Harder 2. December 1826. "Da Kläger das Nachmahnungsrecht exercirt, Citat aber erklärt, daß er nicht im Stande sey, seinen Gläubigern etwas nachzuzahlen, und sich zu dem im fünften Additional-Artikel der Neuen Falliten-Ordnung vorgeschriebenen Eide erbietet, m. n. Citant sich aber den Beweis des Gegentheils reservirt, ein solcher Beweis indessen den Worten und dem Geiste der Neuen Falliten-Ordnung entgegensteht, indem diese dem ehemaligen Falliten, dem keine Bosheit zur Last fällt, nicht durch weitläuftige Beweise, welche störend in seine neuen Geschäfte eingreifen könnten, lästig seyn will, sondern die Bestimmung der Möglichkeit der Nachzahlung, welche schon an und für sich immer schwankend und arbiträr ist, der Gewissenhaftigkeit des Gemeinschuldners anheimstellt, wie denn auch der fünfte Additional-Artikel zur Neuen Falliten-Ordnung, welcher die bei der Nachmahnung zu beobachtende Procedur vorschreibt, ausdrücklich bestimmt, daß der Fallit vorgeladen werden könne, um eidlich zu erhärten, daß er nicht im Stande sey, etwas oder mehr zu geben, derselbe Artikel im Verfolg auch dem Falliten, welcher einer üppigen Lebensart überführt werden könnte, was in concreto nicht behauptet worden ist, mit Strafe droht, ohne daß dadurch in Beziehung auf die Gläubiger und deren Rechtsverhältnisse eine Aenderung bestimmt worden sey, der Beweis, zu welchem m. n. Citant sich erbietet, demselben daher nicht nachzulassen ist, er sich aber darüber, ob er den Eid verlange oder nicht, noch nicht erklärt hat: — daß m. n. Citant sich in 4 Wochen, ob er sich mit der abgegebenen Erklärung des Citaten begnügen, oder die eidliche Bestärkung derselben in Gemäßheit des 5ten Add.-Artikels verlangen wolle, s. p. der Abweisung mit seinem Antrage zu erklären schuldig sey."

---

mit Vorbehalt der demnächstigen Beeidigung dieser Erklärung und eines *event.* dem Kläger nachzulassenden Gegenbeweises abzugeben schuldig."

2. Das Nachmahnungsrecht cessirt, wenn von den Forderungen 80, 60, 40 Procent bezahlt sind, und erstreckt sich nicht weiter als auf den Betrag dieser Procente. Der Beweis für diesen Satz liegt in den, in den folgenden Erkenntnissen angeführten Gesetzstellen. Das abweichende handelsgerichtliche Urtheil in S. Kähler c. Schmeichel vom 15. März 1821 [1]) wurde nämlich vom Obergericht am 25. Mai 1821 wieder aufgehoben, und dies vom Oberappellations-Gericht am 8. Januar 1822 aus folgenden Motiven bestätigt:

"Insoweit die Kläger sich darüber beschweren, daß ihnen die Nachmahnung nicht auf das ganze Capital mit den vollen früheren Zinsen, sondern nur auf 40 Procent davon gestattet worden sey, stehen ihnen entscheidende Gründe entgegen, und es läßt sich nach der Neuen Falliten-Ordnung keineswegs annehmen, daß nur dann eine weitere Nachmahnung über jene Procente hinaus wegfallen soll, wenn die Gläubiger aus der Masse oder sonst bereits vom Falliten so viel erhalten haben. Zuvörderst

a. steht dieser Auslegung schon die Fassung des art. 105. § 2 der Neuen Falliten-Ordnung entgegen, wonach der Fallit den Creditoren immerhin verhaftet bleiben soll, "bis er ihnen wenigstens resp. 80, 60, 40 Procent baar erstattet hat." Das immerhin deutet hier offenbar auf eine spätere Zeit nach der Vermögensabtretung, und wenn man den Satz nur für den Fall hätte gelten lassen wollen, wenn aus der Masse so viel herausgekommen wäre, so würde man wohl schwerlich den Ausdruck gebraucht haben, "bis der Fallit

---

[1]) "Da, was die Einrede der Pluspetition hinsichtlich des Capitales betrifft, solche um so weniger stattnehmig ist, da der über die Ausübung des Nachmahnungsrechts redende fünfte Abd.-Artikel dasselbe keineswegs auf diejenigen 80, 60 und 40 Procent beschränkt, durch welche ein debitor, dessen Masse einen solchen Accord darbietet, vom Nachmahnungsrechte liberirt wird, einem jeden Creditor vielmehr verstattet ist, das Nachmahnungsrecht auf seine ganze Capitalforderung zu erstrecken." — Auch Pöhls Handelsrecht Th. I. § 197 vertheidigt diese Meinung.

... vergütet hat." Ja, wollte man diese Stelle nur vorzugsweise auf jenen Fall beziehen, so würde sie nicht passen, weil das, was in der Masse ist, selbst wenn es jene Procente übersteigt, doch ohne Zweifel den Gläubigern bis zu ihrer vollen Befriedigung überlassen werden muß. Ferner

b. spricht der art. 105. § 6 alle diejenigen, "welche ihren Gläubigern 80, 60 und 40 Procent vergüten können," von jeder weitern Rechtsverbindlichkeit gegen dieselben frei, und fügt dabei keineswegs das weitere Requisit, daß diese Vergütung sogleich oder aus der cedirten Masse selbst angeboten werden müsse, hinzu.

Entscheidend sind außerdem

c. zwei spätere Gesetze, welche die eben angeführten Stellen (art. 105. § 2 und 6 der Neuen Falliten-Ordnung) authentisch erklären: es sind der Add.-Art. 3. § 6 und die Erläuterung des art. 109 dieser Verordnung. In dem ersten Gesetze deuten allerdings schon die Worte: "wenn und so lange die creditores nicht resp. 80, 60 und 40 Procent erhalten haben", auf den doppelten hier möglichen Fall, daß sie so viel bei der Vertheilung der Masse, oder daß sie so viel durch Nachmahnung erhalten haben, hin. Aber ganz klar sind die später folgenden Worte: "daß es vielmehr auch bei einer solchen Uebernehmung bei dem art. 105. No. 2 und 6 sein generales Verbleiben habe, vermöge dessen keinem creditori, und wenn es auch nur ein einziger wäre, das darin bis auf gedachte Procente ihm reservirte Recht der Nachmahnung genommen werden mag." Da hier der Inhalt des art. 105. § 2. 6 bloß historisch referirt, und für den speciellen in Frage stehenden Fall, daß Jemand eine Masse übernimmt, nichts weiter verordnet wird als daß es auch hier bei jener allgemeinen Regel sein Verbleiben haben solle, so ist es durchaus nicht zu billigen, wenn Kläger das, was in diesem Additional-Artikel vorkommt, auf die Uebernahme der Masse durch einen Dritten beschränken wollen. Auch gedenkt die Erläuterung des art. 109 der Neuen Falliten-Ordnung lit. A., indem sie die Vorschriften der Additional-Artikel auch auf die kleinen

Concurse anwendbar erklärt, namentlich des Rechts der Nachmahnung bis auf 80, 60 und 40 Procent.

d. Dagegen berufen sich die Kläger auf den 5. Additional-Artikel, und meinen, weil darin vorgeschrieben ist, daß von dem der Nachmahnung noch unterworfenen Schuldner alle 5 Jahre eine eidliche Erklärung verlangt werden könne ob und wie viel er, ohne seinem und der Seinigen nothwendigen Unterhalt es zu entziehen, nachbezahlen könne, ohne dabei der Beschränkung auf jene Procente zu gedenken, so könne der Schuldner, welcher diese Procente effectiv noch nicht nachgezahlt habe, angehalten werden, das Ganze, was er entbehren könne — und wenn es auch für die Gläubiger mehr als resp. 80, 60 und 40 Procent austrage — herauszugeben. Diese Erklärung ist aber offenbar zu scharf. Denn es ist nicht abzusehen, warum das einen Unterschied machen soll, ob der Schuldner die vorgeschriebenen Procente auf eine frühere Nachmahnung bereits bezahlt hat, oder erst jetzt bezahlt. Der Fallit soll, nach der Meinung des Gesetzes, gewiß nur dann zum Eide angestrengt werden dürfen, wenn er erklärt, weniger als die Procente, welche die Gläubiger rechtlich fordern dürfen, leisten zu können.

e. Endlich kommt noch in Betracht, daß der Beklagte ein einträgliches Amt bekleidet, eigene Häuser besessen und, wie die Kläger anführen, Juwelen getragen und auf gewisse Tage in der Woche sich Equipage gehalten hat; und es möchte nach der Neuen Falliten-Ordnung art. 105. § 1. 2. 3 und den Additional-Artikeln 4 und 5 das Ansehen gewinnen, als wenn wenigstens unter diesen Umständen das Capital zum Vollen verlangt werden könnte. Allein obwohl das Gesetz dem ehemaligen Falliten die heilige Gewissenspflicht zum Vollen nachzuzahlen, so wie überhaupt, so namentlich und besonders auch in diesem Falle auferlegt, so sehr es auch ein Aergerniß daran findet, wenn derselbe, ehe und bevor er das gethan hat, eine üppige und verschwenderische Lebensweise beginnt, und ihn dafür mit öffentlichen Strafen und Beschimpfungen bedrohet, so findet sich doch nirgends in jenen Gesetzen das

Präjudiz ausgesprochen, daß er in dem gedachten Falle seine Gläubiger zum Vollen befriedigen soll, und kann dieses Präjudiz vom Richter neben der angedroheten öffentlichen Strafe nicht supplirt werden."

Später hat auch das Handelsgericht in mehreren Entscheidungen diese Ansicht adoptirt.[1]) Begriffen kann je-

---

[1]) Jaffé c. Schlesinger 29. November 1841: "Da das Nachmahnungsrecht nur ausgeübt werden kann bis auf resp. 80, 60 und 40 Procent nebst fälligen Zinsen bis zum Tage der Insolvenzerklärung, wie dieses der art. 105. No. 2 der Neuen Falliten-Ordnung namentlich in den Ausdrücken "immerhin verhaftet bleibt" und "bis sie ihnen wenigstens 80, 60, 40 Procent baar erstattet haben" nachweiset, ferner art. 105. No. 6 die Freisprechung solcher, welche ihren Gläubigern obgedachte Zahlungen geleistet haben, von jeder juristischen Zwangspflicht zu weiterer Nachzahlung enthält; endlich Add.-Art. 3. No. 6 in dem passus "das darin (nämlich im art. 105. No. 2 und 6) bis auf gedachte procentum ihm reservirte Recht der Nachmahnung" eine unzweifelhafte Interpretation der gedachten Verfügungen im obigen Sinne giebt, nicht minder die Erläuterung des art. 109. lit. a in passu "betreffend das Recht der Nachmahnung bis auf 80, 60, 40 Procent;" da auch, was aus art. 105. No. 3 wegen behaupteten Tragens seidener Kleider abseiten des Beklagten Ehefrau, so wie aus Add.-Art. 4 wegen Miethung eines Gartens geltend gemacht werden will, keineswegs dahin führen kann, daß ratione der Nachmahnung andere als die gesetzlichen Bestimmungen obtiniren: — daß Kläger, welchem auf seine Buchforderung zur Zeit der Insolvenzerklärung, d. d. 25. Februar 1832, groß Bco.-℔ 4930. 4 ß, am 19. October 1840 Bco-℔ 3012. 13 ß bezahlt worden sind, mit seiner Klage, wiewohl unter Compensation der Kosten des Processes, abzuweisen sey." — Dr. Kaufmann m. n. c. Plaut 24. August 1846: "Da nach den Bestimmungen des art. 105 der Neuen Falliten-Ordnung die Forderungen, welche bei dem Fallissement des M. concurrirten, nachdem der Fallit unter Vorbehalt des Nachmahnungsrechts der Gläubiger als leichtsinnig classificirt worden, auf resp. 40, 60, 80 Procent des Capitals und der bis zum Fallissement aufgelaufenen Zinsen in der Art beschränkt sind, daß wegen der übrigen resp. 60, 40 und 20 Procent, so wie wegen fernerer Zinsen eine rechtliche Verbindlichkeit des Cridars überall nicht fortdauerte." — Eben so Bock c. Plaut 24. August 1846.

doch ein anscheinend so willführlicher Rechtssatz nur aus seiner Geschichte werden. Wenn nämlich im art. 9. tit. 43 Stat. verfügt wird, daß die Minderzahl der Gläubiger eine von der Mehrzahl bewilligte Dilation bis auf 5 Jahre, „jedoch ohne einige Abkürzung ihrer bei dem debitor ausstehenden Schulden" genehmigen müsse, so konnte dadurch nicht verhütet werden, daß dem Geschäftsmann eine erst in 5 Jahren exigible Forderung heute nicht mehr 100 Procent werth war. Vielmehr ließ er sich den Abzug des Interusuriums gegen Baarzahlung gern gefallen, und wie jeder Andere konnte auch der Schuldner selbst mit einzelnen oder allen Forderungen an ihn so verfahren, gewissermaßen die auf ihn laufenden langsichtig gewordenen Wechsel in Disconto nehmen.. Daß dieses im siebenzehnten Jahrhundert oft wirklich geschah, erfahren wir aus einer Stelle der Commentarien.[1]) Die erste gesetzliche Anwendung hiervon wird in der Gerichts-Ordnung von 1711 (art. 32. 33) hinsichtlich der vom Schuldner verwalteten bürgerlichen Ehrenämter gemacht. Vorausgesetzt, daß ihm sonst nichts zur Last fiel, sollte er dennoch nur dann wieder zu solchen Aemtern admittirt werden, wenn er seinen Creditoren dasjenige, was sie an Capital bei ihm verloren, wieder ergänzen könnte. Hierzu war der Fallit für's erste schon begriffsmäßig nicht im Stande; konnte er aber seine Gläubiger „mit 75 Procent contant Geld befriedigen und vergnügen" (also mit Abzug der fünfjährigen Zinsen zu 5 Procent p. a.), so steht dies im Effecte der vollen Leistung in Folge eines (nicht infamirenden) moratorii gleich; er soll deshalb in diesem Fall sogar bei seinen habenden Ehrenämtern gelassen und auch zu ferneren admittiret werden. Den gleichen Zweck faßt auch die Neue Falliten-Ordnung art. 105. § 2 ins Auge, nur mit einer durch ihr Vertheilungssystem gebotenen Modification: die 75 Procent der Gerichts-Ordnung von 1711

---

[1]) von der Fecht Comm. zu art. 9. tit. 43 Stat., wo aber in der Ausgabe von 1842 S. 234 statt „repetiren" gelesen werden muß „rabattiren."

sollen nämlich von dem Falliten, welcher bei einem Ehrenamte gelassen werden will, den Gläubigern der mittleren Klasse (den jüngeren Hypothekarien) baar erlegt werden; die ausgedrückte Folge davon ist, daß die Buchschulden 50 Procent erhalten und die älteren Hypothekarien zum Vollen befriedigt seyn müssen. Daß nun ein Bürger, der im ruhigen Genusse hoher und höchster Ehrenstellen blieb, nicht noch wegen alter Schulden verfolgt werden könne, verstand sich von selbst; dieser bescheidene Vortheil allein, losgetrennt von jener Fülle der Integrität, mußte aber nach Billigkeit etwas wohlfeiler zu haben seyn, und aus dieser Reflexion stammt die in demselben Satze der Falliten-Ordnung gewährte Befreiung von aller Nachmahnung durch Nachzahlung bis 80, 60 und 40 Procent.

3. Wie weit erstreckt sich das Nachmahnungsrecht noch gegen die Erben eines verstorbenen ehemaligen Falliten? Da der Erbe als solcher nicht für mehr verhaftet seyn kann als es der Erblasser war, so ist auch Jener überhaupt nur für den Betrag derjenigen Procente der ursprünglichen Forderungen responsabel, durch deren Erstattung der frühere Fallit von dem Rest seiner Schulden befreiet würde. [1]) Ferner ist der Nachmahnungseid keinen Falls direct auf den Erben anwendbar, und die Erwägung, daß auf ihn die Gewissenspflicht des Erblassers nicht übergeht, in welchem beschränkten Umfange die fortdauernde Verhaftung des Falliten durch den Additional-Artikel 5 allein statuirt wurde, könnte dazu führen, ihn von aller Verantwortlichkeit freizusprechen, da nicht abzusehen ist, weshalb er für die veralteten Schulden seines Vorgängers strenger obligirt seyn sollte als dieser selbst. Die

---

[1]) Erkenntniß des Handelsgericht Dr. Kaufmann m. n. c. Plaut 24. August 1846: "Da die Forderungen ... in der Art beschränkt sind, daß wegen der übrigen 60, 40 und 20 Procent, so wie wegen fernerer Zinsen eine rechtliche Verbindlichkeit des Cridars überall nicht fortdauerte, also solche auch nicht auf seine Erben transferirt wurde."

Praxis faßt jedoch den fünfjährigen Eid in diesem Punkte als ein persönliches beneficium competentiae auf, welches der Erbe für sich nicht zu genießen habe, und läßt die Verbindlichkeit als eine unbedingt klagbare auf ihn übergehen.[1] Als weitere Consequenz hiervon ergibt sich dann, daß der Erbe, wie für alle übrigen Schulden, als Beneficialerbe nur bis zum Belauf des Nachlasses, sofern er aber diese gesetzliche Cautel versäumt hat, auch mit seinem persönlichen Vermögen aufkommen muß. Nachdem das Handelsgericht früher die mildere Ansicht, daß der Erbe für derartige Schulden niemals ultra vires hereditatis angestrengt werden könne, aufgestellt hatte,[2] ist es neuerlich, mit Billigung der höheren Instanz, der den Umständen nach richtigeren gefolgt.[3]

Für die rationelle Beurtheilung der ganzen Frage des Nachforderungsrechts erscheint die Concinnität der beiden Reihen: boshafte, leichtsinnige, unglückliche Falliten, — unbedingte Forthaftung, beneficium competentiae in mehr oder weniger schonender Form, und Befreiung von aller Nachzahlung, — zunächst als eine sehr trügerische und gewaltsame. Das positive System behandelt die unbefriedigten Rechte der Gläubiger und die zukünftige Existenz des Falliten als einen Stoff, worüber es nach Belieben schalten und die willkürlichsten Verfügungen treffen dürfe. Nach Beseitigung des abenteuerlichen Schuldarrestes mit seinem mystischen Wirrwarr von Zwang, Rachestrafe und Schuldentilgung zeigt sich uns die scharfe Kluft, durch welche die Repression gegen Jeden, der die Grundlage der bürgerlichen Gesellschaft mißachtet, getrennt ist von dem durch die Civiljustiz zu vermittelnden

---

[1] In dem in der letzten Anmerkung angeführten Erkenntnisse heißt es: "Da Beklagte sich nicht auf das zufolge des 5. Add.-Art. zur Neuen Falliten-Ordnung dem M. persönlich zuständig gewesene benef. comp. berufen können."

[2] Archiv für das Handelsrecht Bd. I. S. 1—20.

[3] In S. Warburg c. Sanderjacob. Sammlung der Erkenntnisse des Oberappellations-Gerichts Bd. 2. S. 481—493.

Vermögenstausche nach dem übereinstimmenden Willen der Partheien. Dort entsteht und steigt die öffentliche Strafe nach dem Maaße des Bruches der Identität der Einzelwillkür und des Gesammtwillens. Hier dagegen ordnen wir das ebene Gebiet des friedlichen Verkehrs, damit Jedem von dem Mein und Dein dasjenige bleibe und werde, was ihm gebührt. Nicht auf der Gränze, wo Wechselbeziehungen zwischen heterogenen Sphären entstehen, sondern vom Kerne des Privatrechts ausgehend, haben wir deshalb die Grundsätze zu suchen, welche ihre seinem Charakter entsprechende Selbstständigkeit behaupten müssen, so lange es gehen will. — Eine Abhängigkeit des Schicksals der Forderungen an den Falliten von seiner criminellen Schuld oder Unschuld kann entweder die Richtung nehmen, daß der betrügerische zur Strafe dem Nachmahnungsrecht unterworfen wäre, während der Fallit dies im Allgemeinen nicht ist, oder daß der unglückliche zur Belohnung seiner Rechtschaffenheit, also aus Mitleid mit ihm, den Folgen ausnahmsweise enthoben würde, welche als die Regel bei dem vorsätzlichen bestehen bleiben. Unsere Gesetzgebung hat sogar beide Gesichtspunkte zu vermischen verstanden: während sie das Schuldbuch der glücklich-unglücklichen vernichtet, und dieselben vor jedem Anderen in den Schooß einträglicher Beamtenstellen befördert, hat sie durch verschiedene Experimente den leichtsinnigen die Befreiung von ihren Schulden zwar erschweren, aber doch möglich machen wollen, und überläßt die vorsätzlichen der Barbarei antiquirter Hoffnungslosigkeit. Allein wenn die erste jener Alternativen (die Straftheorie) doch die juristische und factische Möglichkeit einer späteren Befriedigung der Gläubiger für gewisse Fälle statuiren muß, so läßt sich unter dieser Voraussetzung die weitere Prämisse nicht construiren, daß der Fallit, wenn er nur nicht gerade betrügerisch oder strafbar gehandelt hat, darum weniger gehalten seyn sollte, seine Schulden als ehrlicher Mann zu bezahlen. Die zweite Annahme (das Belohnungssystem) verwandelt jene hypothetische Möglichkeit in eine allgemeine Rechtspflicht, kraft welcher das jetzige und

zukünftige Vermögen des Schuldners den Gläubigern haftet; wenn sie aber den blos unglücklichen Falliten aus Sympathie, oder zur Prämie dafür, daß er kein Betrüger war, positiv begünstigen will, so geschieht dies auf Kosten und zum Schaden seiner Creditoren, denen ein, unter jener Voraussetzung unbestreitbar gutes Recht durch eine Pseudojustiz eskamotirt wird, ein Recht, welches ihnen nur dann salvirt geblieben seyn würde, wenn der Fallit die gnädige Großmuth gehabt hätte, leichtsinnig oder betrüglich gegen sie zu verfahren.

Vor dem nüchternen Verstande kann die Weichherzigkeit des heiligen Crispin so wenig wie die Brutalität des Polizeistaates bestehen. Vielmehr scheint es ein natürliches Postulat, daß der Fallit irgend einem selbstständigen und einleuchtend richtigen Principe hinsichtlich des Nachmahnungsrechts unterworfen werden müsse, gleichviel ob er daneben der Strafjustiz in höherem oder geringerem Grade verfallen sey oder nicht. Als ein solches Princip bietet sich auf den ersten Blick der plausible und auch im Römischen Concursrecht bis auf das beneficium competentiae anerkannte Satz dar: daß ein wohlerworbener und rechtlich geschützter Anspruch des Gläubigers so lange fortbesteht, bis er — abgesehen von Verzichten und was dem gleichgilt — durch Zahlung oder anderweitige Befriedigung getilgt wird. Dies wird man bei dem Falliten, der sich erheblich vergangen hat, unbedenklich gelten lassen: denn wenn auch im öffentlichen Interesse Betrug und gemeinschädlicher Leichtsinn gestraft werden, so ist damit doch als ein Minus regelmäßig die Pflicht verbunden, zugleich dem Damnificaten den dadurch erlittenen Schaden nach Kräften zu erstatten. Aber bekanntlich giebt es auch einen Schadensersatz, der nicht gerade mit öffentlicher Strafe concurrirt, und nicht durch wahre Delicte bedingt, sondern die Folge von rein obligatorischen Verhältnissen ist, wie sie jeder Concurs voraussetzt. Das quod interest der Gläubiger, auf welches die Insolvenz des Schuldners den unberichtigten Theil ihrer Forderungen reducirt, besteht in dem gerechten Verlangen,

daß er wenigstens so bald als möglich nachträglich zahle; und wenn auch das dermalige Hinderniß ein von ihm unverschuldetes rein casuelles seyn mag, so ist es doch ein casus, der sich in seiner Person ereignet, den mithin Niemand als er, der dominus und unglückliche Schuldner selbst, zu tragen hat. Darin allein besteht eben sein Unglück, welches sonst in vielen Fällen zu einem positiven Vortheil für ihn umschlagen würde; er soll zwar nicht gestraft werden (weil er schuldlos ist), aber er kann auch den ihm in seiner Habe zugestoßenen Unfall nicht dadurch von sich abwälzen, daß er dessen Folgen auf Andere schiebt, die ihn mindestens eben so wenig verschuldet haben als er selbst. Im Resultate ist also nicht diejenige Theorie verwerflich, welche wenigstens den vorsätzlichen Falliten den fortdauernden Angriffen seiner bisherigen Gläubiger exponirt; wohl aber setzt die Gesetzgebung, wenn sie die diesmal leer ausgehenden Creditoren durch den Verlust ihrer Forderungen für die vom Schuldner erlittenen Unglücksfälle büßen läßt, sich in Widerspruch mit den einfachsten Grundregeln des Rechts. Vollends wird der Gerechtigkeit Hohn gesprochen durch den seltsamen Einfall, daß ein Debitor, wenn er durch Leichtsinn sich in Schulden vertieft hat, zwar, wie billig, den Gläubigern verhaftet bleiben soll, aber nur bis zu 80, oder 60, oder 40 Procent der Forderungen, während man ihm mit den übrigen Procenten von Obrigkeitswegen und für Rechnung wen es angeht eine Art von remuneratorischem Geschenk für seine genialen Streiche macht.

Betrachten wir nun die Sache auch von anderer Seite. Das Römische Recht erklärt es für iniquum, daß Jemand, dem einmal sein ganzes Vermögen entzogen ist, noch weiter verfolgt werden dürfte; es verlangt bei dem beneficium competentiae die Berechnung, daß der Schuldner, dem jenes zusteht, nicht das Nothwendigste entbehre; es schützt ihn im persönlichen Genusse der ihm verschafften täglichen Alimente oder eines ihm zugewandten Niesbrauchs, so weit er daraus

nur den nothwendigen Lebensunterhalt gewinnt. [1] In diesen Aussprüchen der Römischen Juristen ist wohl keine aequitas cerebrina zu verwerfen, sondern der Gedanke angedeutet, daß man vor Allem leben und sich selbst erhalten müsse, um pflichtgemäß für Andere erwerben zu können. Diese gemäßigte und bisweilen ausreichende Doctrin hat sich als die gemeinrechtliche erhalten; auch in Hamburg schwört der Nachgemahnte: "daß er nicht im Stande sey, ohne seinem und der Seinigen nothwendigen Unterhalt es zu entziehen, etwas nachzuzahlen." Aber jene Römischen Beispiele quadriren wenig mit den heutigen städtischen Verhältnissen, mit der modernen Form von Capital und Arbeit. Der Genuß einer sichern Leibrente zur Bestreitung des Unterhaltes, das lebenslängliche Niesbrauchsrecht an einem bescheidenen Landgute, wird nur wenigen unserer Falliten zu Theil. Dagegen ist für die meisten das Capital bis auf einen gewissen Punkt nothwendiges Arbeitsinstrument, und der Gewinn der Arbeit sammelt sich in der ersten Hand oft nur langsam, oft überhaupt nicht zu einem Executionsobjecte an. Hieraus erklärt sich, weshalb die Nachmahnung des ehemaligen Cridars zu den ziemlich unpraktischen Vorkommnissen zählt, und wie auch das Zwangsmittel des Lustral-Eides selten zur Hand genommen wird, noch seltener zu dem erwünschten Erfolge führt. — Noch weiter in dieser Richtung leitet der volkswirthschaftliche Gesichtspunkt, vor welchem die Berichtigung von alten Schulden nur als das unproductive Wandern einer Parcele des Gesammtvermögens aus einer Hand in die andere erscheint, und welcher wenigstens größeren Einfluß auf eine weise Gesetzgebung verdient, als die Gefühle des Mitleids oder maaßloser Entrüstung. Dies ist schon von Bürgermeister Langenbeck hervorgehoben, der bei Empfehlung der Rechtswohlthat der Güterabtretung bemerkt: "Diversum sentiendum ob favorem mercaturae. Diese ratio aber kann pro et contra gebraucht werden, und scheint das Argument stärker

---

[1]) L. 6. D. de cessione bonor. (42, 3).

zu seyn in dem Gebrauch *pro* cessione, weil dadurch noch mancher conservirt werden und wieder aufkommen kann." [1]) Gilt die Vertheilung der vorhandenen Concursmasse nur als eine Abschlagszahlung, so zerstört die Gesetzgebung eben dadurch die Aussicht, daß der entschlagene Cridar künftig sich des Restes seiner Schulden durch Nachzahlungen entledige; er wird die Mittel dazu so wenig in der eigenen Kraft (Arbeit), wie durch fremde Hülfe (Credit) gewinnen. Denn wer wird selbst dem Thätigsten und Redlichsten, geschweige denn als leichtsinnig Classificirten, dann Credit geben, wenn sein früherer Concurs die Thatsache als unwiderlegbar und öffentlich geworden constatirt, daß er nichts Eigenes mehr hat, und dagegen eine Masse von liquide gewordenen Schulden in seine Zukunft hinüberträgt, zu deren executorischer Verfolgung jedes seiner Disposition anvertraute Gut verwandt werden kann? Anstatt es auf diese, kaum denkbare, Möglichkeit ankommen zu lassen, würde vielmehr eine officielle Warnung, daß Jeder vor Schaden sich hüten möge, von dem allgemeinen Interesse postulirt werden müssen. — Aber auch durch eigene Thätigkeit, so weit diese dazu überall ausreichen könnte, wird bei jener Voraussetzung nicht leicht Jemand zur Ansammlung von Mitteln zur Nachzahlung sich bewogen finden. Dies wäre nur von Demjenigen zu erwarten, dessen uneigennützige Sittlichkeit eben so groß ist, wie das unverschuldete Unglück, von welchem er heimgesucht wurde; weil aber doch der tadelnswerthe Fallit nicht besser gestellt werden kann als der mitleidswürdige, so fordert hier die psychologische Wahrheit volle Beachtung, daß Niemand zu productiven Anstrengungen aufgelegt seyn wird, deren etwaige Erfolge ihm im Voraus für eine endlose oder unbestimmbar lange Zukunft entzogen bleiben sollen. Zwar ist es, auch abgesehen von früheren Concursen, nichts Ungewöhnliches, daß Jemand die Früchte seiner Thätigkeit nicht selbst genießt,

---

[1]) Langenbeck Comm. zu art. 13. tit. 41. P. I. Stat.

sondern dieselben von Rechtswegen Anderen zufallen sieht. Der besitzlose Fabrikgehülfe z. B. arbeitet für den unternehmenden Capitalisten, ihm bleibt nach seiner Stellung oft nur der nothdürftige Unterhalt; im Resultate scheint also der entschlagene Fallit mit dem beneficium competentiae ihm gleichzustehen. Aber er steht noch eine bedeutende Stufe tiefer: wenn der Arbeiter durch Fleiß, Glück oder Sparsamkeit von dem Lohne, über welchen er frei disponirt, und der doch einigermaßen nach der Arbeitskraft variirt, etwas erübrigt, so ist dieser Besitz der seinige; ihm bleibt die Möglichkeit und die Hoffnung, dadurch allmählig zu Eigenthum zu gelangen. Nicht so der Fallit, welcher in gleichem Falle erst das ihm anklebende Deficit decken, also jede Erübrigung in den Schlund seiner früheren Passivmasse werfen müßte; er sieht mit Gewißheit voraus, daß er niemals mehr für sich behalten kann als die Alimente, welche das Gesetz ihm läßt. Er ist Sklave von Rechtswegen, während der freie Arbeiter dies höchstens in Folge der natürlichen Reproductionskraft des Capitals ist, das ihn lohnt. Man könnte selbst vom Standpunkte der Sittlichkeit mit einigem Schein die Behauptung aufstellen: daß der Staat nicht durch künstliche Satzungen dem Leben des Individuums den Werth entziehen dürfe, welchen es durch das Bewußtseyn erlangt, entweder für den eigenen Vortheil oder zum Nutzen des Ganzen thätig zu seyn; daß niemals die Arbeitskraft in ihrer Totalität nach Umfang und Dauer an fremde Individuen (die Gläubiger) veräußert werden könne, vielmehr Jedem der Entschluß freistehen müsse, um den Preis der Hingabe seines gesammten Vermögens mittelst definitiver Befreiung von den nur diesem inhärirenden Schulden den Act seiner socialen Wiedergeburt zu begehen. — Jedenfalls ist es ein volkswirthschaftliches Axiom, daß der Gesammtwohlstand von der Summe des Wohlstandes der Einzelnen abhängt; dieser letztere ist durch productive Arbeit bedingt, und die dazu erforderliche Anstrengung durch das Interesse, den Nutzen, der ihm selbst daraus erwachsen kann.

Allerdings läßt dieses Argument solche Vermögenstheile unberührt, die dem früheren Falliten ohne eigene Thätigkeit zufallen, also durch Schenkung, Erbschaft oder Vermächtniß. Eine Gesetzgebung aber, welche derartigen Erwerb der Schuldentilgung überweis't, macht auch ihn so gut wie unmöglich, denn sie decretirt damit: wer einen früheren Falliten durch Schenkung oder Hinterlassungen bedenkt, der wendet diesen Vortheil nicht ihm selbst, sondern vi legis nur dessen alten Gläubigern zu. Man wird folglich jede solche Verfügung unterlassen (resp. den Eintritt einer dispositiven Rechtsnorm durch andere Disposition zu verhüten wissen), da sie doch nicht dem Begünstigten persönlich, sondern nur fremden Leuten zu gut kommen würde. Wollte Jemand gegen die Gläubiger eine Liberalität üben, so bedarf er dazu durchaus nicht des Umweges durch die Mittelsperson ihres Schuldners, sondern könnte es direct in diesem Fall eben so gut thun, wie wenn das Nachmahnungsrecht ganz ausgeschlossen ist. Wenn eine dem früheren Falliten angefallene Erbschaft mit zwangsrechtlicher Nothwendigkeit seiner Creditorschaft zu Theil wird, so läßt sich das mit dem vernünftigen Sinn der Intestaterbfolge, des Notherbrechts oder der Testamentsfreiheit unmöglich reimen. Es mag hart scheinen, daß der ehemalige Gemeinschuldner durch Erbschaften oder Schenkungen wohlhabend seyn kann, während vielleicht seine Creditoren in Folge des bei ihm erlittenen Verlustes darben. Sollte jedoch dem abgeholfen werden, so müßte das Gesetz verfügen, daß einem gewesenen Falliten nichts geschenkt, vermacht oder vererbt werden könne; damit wäre die Freiheit des Erblassers oder Schenkers unnöthig beschränkt, und den Gläubigern ersichtlich nicht geholfen.

Die bisher aufgewiesene Antinomie, welche mit gleich triftigen Gründen die Ausschließung jedes Nachmahnungsrechts wie die unbedingte Fortdauer der Verhaftung für ungetilgte Schulden zu vertheidigen scheint, ist ein untrüglicher Beweis entweder von der Oberflächlichkeit des angestellten Raisonnements, oder von der Unmöglichkeit eine vernunftrechtliche

Antwort auf die gestellte Frage, wegen der Natur derselben, zu finden. Man wird vor dem Verlassen dieser Materie wenigstens Aufschluß über den Grund der damit angedeuteten Schwierigkeit begehren.

Mit Beendigung des Concursverfahrens hat sich die Beschaffenheit der gegen den Cridar überhaupt obwaltenden Ansprüche vereinfacht: während das Recht auf mera facta und ein Theil der dinglichen Rechte (wie Servituten) durch den Concurs überall nicht berührt wurde, sondern unverändert fortbesteht, so haben dagegen die sogenannten Vindicanten bereits die Befriedigung erhalten, welche der Schuldner ihnen zu leisten hatte; die im Concurse nicht erledigten Ansprüche an ihn, deren Fortdauer in Frage steht, erscheinen jetzt in der gleichförmigen Gestalt von liquidirten und nach ihrem Geldwerth evaluirten Forderungen. Sind dieselben demnach aus den Grundsätzen des Obligationenrechts zu beurtheilen, so kann, da die diesem angehörigen Erlöschungsarten der Zahl nach beschränkt und durch die Natur bestimmter juristischer Thatsachen bedingt sind, ursprünglich nicht die Frage entstehen, wie jene Forderungen noch über den Concurs hinaus fortzudauern vermögen, sondern nur die: ob und wie ihre Tilgung ohne Zahlung, und ohne Verzicht der Berechtigten, dennoch zu construiren sey? Als dritter modus tollendi, neben den beiden genannten, bietet sich aber nur der Untergang des Objectes dar, und wie dieser sich nicht nur bei individuell bestimmten, sondern eben so wohl bei alternativen und generischen Leistungen bewährt, so liegt auch in dem universellen Begriff des ganzen Vermögens noch kein nothwendiges Hinderniß seiner Anwendung. Als obligirtes Object erscheint zunächst für jede Forderung nur die bei ihrer erzwungenen Erfüllung vorhandene Vermögensmasse; wenigstens muß das positive Recht von diesem Grundsatze ausgehen, da es seine Wirksamkeit bei jeder Hülfsvollstreckung und bei Constituirung der activen Concursmasse nur darauf beschränkt. So weit also das gegenwärtige Vermögen nicht zureicht, was der Begriff des Concurses voraussetzt, findet der nämliche

Satz wie nach dem Tode eines promittirten Stichus Anwendung, daß impossibilium nulla obligatio est. [1]) Zwar wird vor diesem Zeitpunkte das Vermögen den Gläubigern gegenüber als stätig fortdauernd bei dem Wechsel seiner Größe und einzelnen Bestandtheile behandelt, selbst wenn jene nach Abrechnung der Schulden nur negativ wäre. Allein wenn hierbei die Continuität vermittelt wird durch die Persönlichkeit des Schuldners, dessen Willensfreiheit den neuen Erwerb an die Stelle des Verlorenen oder Entzogenen substituirt, so paßt dies nicht auf den Fall, wo jene Continuität in Folge einer Zwangspflicht unterbrochen wird, und totale Veränderungen, die unter anderen Umständen irrelevant seyn mögen, als rechtliche Nothwendigkeit eintreten. — Freilich befreit der Untergang des nächsten Objectes einer Leistung den Verpflichteten nicht immer; er muß dafür aus speciellen Gründen anderweitigen Ersatz in der aestimatio oder dem quod interest leisten, und die Gründe dieser Ersatzpflicht lassen sich auf die Kategorieen der freiwilligen Uebereinkunft und des einseitigen Verschuldens (durch mora, culpa, dolus) zurückführen. Wenn also die Gesetzgebung aus gewichtigen legislativen Motiven auf das dermalige Vermögen die Vollstreckung der Forderungen beschränkt, und mit dessen Untergang durch Vertheilung die Verhaftung regelmäßig cessiren läßt, so kann sie doch daneben eine von dem Einzelnen speciell zu begründende Ersatzpflicht statuiren, welcher dann natürlich nur aus dem künftig neu Erworbenen Genüge geschehen kann. Die Geschichte der hypotheca omnium bonorum im Römischen Recht zeigt deutlich, wie der Rechtsbegriff des Vermögens als ideellen Ganzen ein nach räumlichem und zeitlichem Umfange dehnbarer Gegenstand ist. Die Lösung des obigen Widerspruches liegt also in der Möglichkeit, daß das Schicksal der durch den Concurs unbefriedigten Forderungen kein uniformes zu bleiben braucht, sondern ein nach Rechtsgründen verschiedenartiges seyn könnte und seyn sollte. Daß der

---

[1]) L. 185. D. de R. J. (50, 17).

Fallit diejenigen seiner Gläubiger nach Kräften schadlos halte, gegen welche er nachweislich eine solche Pflicht durch ein gegen sie mittelst Entziehung der gebührenden Befriedigungsmittel verübtes Verschulden auf sich geladen hat, ist ein Satz von unwiderlegbarer Gültigkeit. Aber man muß, weitergehend, auch behaupten, daß eine Verhaftung über den etwaigen künftigen unverschuldeten Concurs hinaus durch ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkunft mit dem einzelnen Gläubiger übernommen werden könne. Oder sollte der bedrängte Vermögenslose, der von zwei verschiedenen Personen eine Summe zum Unterhalt der Seinigen borgte, nach Verwendung derselben sich von der Pflicht zur Wiedererstattung durch die förmlich abgelegte Erklärung, daß er nichts habe (— das wäre hier die cessio bonorum —) lossagen können? Dadurch würden die Creditoren gar nichts Neues erfahren, welche seine Umstände bei Bewilligung des Darlehns gekannt oder vorausgesetzt haben; ihn darf also der formellste Concurs nicht von dem Zwange zur Abzahlung bei künftig verbesserten Verhältnissen befreien. Umgekehrt frappirt Niemanden die Bestimmung mehrerer Seerechte, welche den Rheder aus Verträgen des Schiffers im Auslande nur mit Schiff und Fracht, nicht aber mit seiner fortune de terre verantwortlich machen, sofern eine solche Bestimmung aus der Natur des Verhältnisses entwickelt ist. Wie hier eine Beschränkung auf räumlich getrennte Zweige des Vermögens, so hat auch die Reducirung des Vermögens durch eine Bedingung, deren Eintritt einen Zeitabschnitt bildet (durch den Concurs), nichts Unglaubliches. Die angeführten Beispiele zeigen, daß in der That die Elemente des Credits völlig verschiedenartig seyn können: in dem letzteren trauet der Darleiher ausschließlich der Seetüchtigkeit und dem Werthe des Schiffes, mit dessen Untergang seine Forderung nach dem Wesen des Contractes erlischt, und auf dessen Schicksal die persönlichen und sonstigen Qualitäten des entfernten Rheders ganz ohne Einfluß bleiben müssen. Wer dagegen dem unbemittelten Gelehrten oder dem dürftigen Arbeiter zu anderen

Zwecken als etwa einer gemeinsamen Speculation fidirt, der creditirt seinen Kenntnissen, seiner Arbeitskraft, und der Erwartung, daß die Früchte der Thätigkeit trotz wechselnder Schicksale so weit nöthig zur Abführung der Schuld erspart, die gesammelten aber erforderlichen Falles durch Rechtshülfe dem Darleiher zu gut kommen werden. Wenn die Moral unstreitig die volle Persönlichkeit für unveräußerlich, und deshalb auch das Verdingen der Erwerbsfähigkeit in ihrer Totalität (nach Umfang und Dauer) zu fremden Zwecken für ungültig erklärt, so fordert dagegen die persönliche Freiheit, also wiederum die wahre Sittlichkeit, welche höher steht, als das "gute Herz", daß der mündige Mann, wie über seine gegenwärtigen Capitalien, so auch über einen Theil des Erfolges seiner *künftigen* Thätigkeit mit Selbstbestimmung zu disponiren *befugt*, und *verpflichtet* sey, den Folgen eines solchen Rechtsgeschäftes gerecht zu werden. Die Schwierigkeit für die Anwendung dieser Theorie ist theils die processualische, den übereinstimmenden Willen der Partheien in diesem Punkte zu *ermitteln*, (denn die Gedanken über den Einfluß eines unerwünschten und ferngeglaubten Ereignisses können verschieden oder unklar geblieben seyn,) theils liegt sie in der Wahrnehmung, daß todtes Capital und lebendige Thätigkeit, wie Glück und Kraft, nur im Systeme scharf zu trennen, bei den Individuen aber häufig vermischt und in mannigfachen Gradationen *combinirt* vorhanden sind. Die Jurisprudenz jedoch, welche auf die Untersuchung und Beherrschung solcher Stoffe, deren flüssiger Natur wegen, für immer verzichten wollte, würde dadurch nur eine Unbeholfenheit beurkunden, welche abzustreifen ihre Aufgabe für die Zukunft bleibt. —

Wie die *gleichmäßige* Antheilnahme aller Forderungen bei Vertheilung der Concursmasse die der Gerechtigkeit entsprechende Tendenz seyn muß, so halten wir dagegen für die spätere Zeit einen *verschiedenartigen* Ausspruch über Forteristenz oder Erlöschen solcher Ansprüche je nach ihrer differenten individuellen Natur aus inneren Gründen für

nothwendig und richtig. Gerade umgekehrt verfährt das bestehende Recht: es rangirt die Passiva gleich Anfangs mit größtentheils unmotivirter Willkür in seine verschiedenen Prioritätsklassen, läßt dann aber eine jede Forderung, so weit dieselbe diesmal unbefriedigt bleibt, den einmal angewiesenen Platz für immer behaupten. So auch der fünfte Additional-Artikel unserer Falliten-Ordnung, welchem zufolge zwar jeder einzelne Creditor das Nachmahnungsrecht exerciren kann, dessen etwaigen Erfolg aber nur zu Gunsten sämmtlicher Gläubiger auswirkt, unter welche jede Nachzahlung zur concursmäßigen Distribution gelangt. Offenbar liegt dieser Vorschrift die Vorstellung von dem Concurse als einem fortdauernden Zustande zu Grunde, der zwar nach Vertheilung der vorhandenen Masse wegen Geschäftsmangel auf unbestimmte Zeit vertagt, aber bei jeder neuen Veranlassung wieder reassumirt werden könne, und ein dauerndes Verhältniß der Gläubiger auch gegen einander begründen soll. Nach einer anderen Auffassung, die uns die natürlichere scheint, würde die zufällig entstandene Gemeinschaft der Gläubiger nicht länger dauern und sich auf nicht mehr erstrecken, als die Vertheilung der Activmasse, um derentwillen sie gebildet wurde; für die weitere Zukunft wäre dieser nexus eben so wenig zu perpetuiren, als er vor dem Concurse bestanden hat, sondern jeder Einzelne verfolgt dann wieder seine eigenen ihm verbliebenen Gerechtsame, unbekümmert um die Uebrigen, bis etwa zufällig die Bedingungen eines zweiten Concurses, welche aber die nämlichen wie für den ersten seyn müssen, wieder zusammentreffen. — Von der Entscheidung hierüber hängt nun auch die principielle Beantwortung der ferneren Frage ab: welchen Einfluß der Concurs während seines Bestehens auf den Falliten, auf seine persönliche Stellung und seine Vermögensverhältnisse äußere?

Die Entfernung des Falliten von seinem bisherigen Wohnorte wird, seitdem sie nicht mehr durch die Gefahr für seine körperliche Freiheit motivirt ist, als unerlaubt, und als ein Gegenstand der Verhinderung durch Strafdrohungen und

Zwangsmaaßregeln behandelt. Die gemeine Praxis findet den Personalarrest wegen Besorgniß der Entweichung und die Verfolgung des Entwichenen mit Steckbriefen gerechtfertigt. Am weitesten hierin geht der achte Additional-Artikel zur Falliten-Ordnung, nach welchem in den Manifestationseid die Angelobung des Falliten inserirt werden soll, daß er, wenngleich über die jetzt vorhandene Masse der Accord getroffen und er in Activität gesetzt seyn mögte, dennoch vor völliger Entfreiung von aller Nachmahnung nicht aus dem hiesigen nexus treten wolle. Wer während der Untersuchung des status bonorum davonläuft, qualificirt sich schon dadurch nach art. 102 als boshafter Fallit. Der Grund hierfür liegt in der natürlichen Verpflichtung des Schuldners, durch bereitwillige Auskunft-Ertheilung und persönliche Mitwirkung zur vollständigen Constituirung der Masse den Verlust seiner Gläubiger nach Kräften zu ermäßigen. Demgemäß gelobt er in dem gesetzlich normirten Eide, daß er "den Curatoren von Allem, was sie zu wissen begehren, aufrichtige Nachricht ertheilen, auch denselben sonst nach Möglichkeit an die Hand gehen, und übrigens mich allemal, wenn ich gefordert werde, sistiren, und bis zur gänzlichen entweder gütlichen oder gerichtlichen Endschaft meiner Sache ohne Einwilligung der Curatorum aus dieser Stadt und deren Jurisdiction mich nicht begeben wolle." Die Curatores bonorum sind befugt, "dem Fallito nebst seinen Bedienten die Ausrichtung alles dessen, was sie zu der Massa Vortheil erachten, anzubefehlen, und er ist schuldig, solchen Befehl mit aller Sorgfalt und Redlichkeit aufs genaueste auszurichten." Auch können sie ihn auf die Messen oder in die Fremde zu Eincassirung ausstehender Schulden oder zu Berichtigung der Waarenläger schicken, wenn die Mehrzahl der Gläubiger dies angemessen erachtet (art. 36). Der Fallit ist vor Beendigung des Fallissements nicht befugt, ohne ausdrückliche Bewilligung der Curatoren ein Gewerbe zu treiben, oder sich auf der Börse sehen zu lassen (art. 35. § 2). — Das nothwendige Correlat zu dieser persönlichen Dienstbarkeit und Disponibili-

tät des Cridars ist sein Anspruch auf Alimentation aus der Fallitmasse. Die Neue Falliten-Ordnung (art. 35. § 1) sichert ihm, seiner Familie und unentbehrlichen Dienerschaft diesen nothdürftigen Unterhalt als "höchst billig und nöthig" bis zum völligen Ausgange der Creditmasse zu, und bemerkt ausdrücklich, daß solche Alimente auch dem unwürdigen Bankerottirer, jedoch in geringerer Maaße, nicht vorenthalten werden können. Dieses Verhältniß würde ein ziemlich natürliches und kaum bedenkliches seyn, wenn der Zustand des obschwebenden Concurses nur von kurzer und approximativ bestimmter Zeitdauer wäre. Allein nicht nur verstreichen erfahrungsmäßig oft mehrere Jahre bis zur Beendigung des Fallissements durch Entschlagung der Curatoren, sondern das Prinzip des Gesetzes und der Inhalt des art. 97 überläßt es auch dem Belieben der Gläubiger, die Verwaltung und successive Vertheilung der Masse so weit zu protrahiren, wie sie es ihrem Interesse angemessen halten mögen. Daraus muß dann eine zu lösende doppelte Schwierigkeit entstehen:

Zunächst würde eine Unselbstständigkeit des Falliten von ganz unbestimmter, nicht selten sehr langer Ausdehnung sein Recht auf Persönlichkeit mißachten heißen, und eine mehrjährige Alimentirung, wenn sie auch ihm selbst eine sehr anomalische Bequemlichkeit gewähren könnte, doch die Kräfte mancher Activmasse nutzlos absorbiren. Deshalb wird ihm in der Praxis die erforderliche Erlaubniß, gegen Wegfall der Ernährung aus der Masse, wiewohl unter Beibehaltung seiner sonstigen Pflichten, eine neue Thätigkeit zu beginnen, in dem sogenannten "freien Gewerbe" gewöhnlich schon bald nach der Insolvenzerklärung bewilligt. [1]) Niemand bezweifelt, daß ein

[1]) In einem neueren Falle, wo ein Curator bonorum sich dieser Maaßregel aus speciellen Gründen widersetzte, wurden vom Handelsgericht die Curatoren "resp. potestivirt und angewiesen, dem Falliten freies Gewerbe zu ertheilen," und diese Entscheidung vom Obergericht bestätigt, weil "eine längere Vorenthaltung des beantragten freien Gewerbes unter den vorkommenden Umständen sowohl dem Interesse der Masse als Rücksichten der Billigkeit gegen

solcher, vor dem Ende des Concurses gemachter Erwerb eben so für Rechnung des Falliten geht, wie jeder spätere, d. h. daß er nicht in die Masse fällt, sondern nur den allgemeinen Regeln über das Nachmahnungsrecht unterworfen bleibt.

Fraglicher ist es aber zweitens: ob sonstige Acquisitionen, die der Fallit ohne eigene Thätigkeit macht, also namentlich Erbschaften oder Vermächtnisse, ihm persönlich verbleiben oder mit zur Activmasse gezogen werden müssen? Um hierbei die Analogie des Verdienstes durch Arbeit benutzen zu können, müßte vorerst entschieden werden, ob das freie Gewerbe als die Anticipirung der Beendigung des Concurses zu Gunsten des Schuldners aufzufassen, oder ob dasselbe vielmehr als ein beschränktes Surrogat für die im Interesse der Gläubiger zu ersparenden Alimente zu betrachten ist. Im letzteren Fall ist es nicht inconsequent, daß, was dem Schuldner ohne sein Zuthun anfällt, zur Masse gelange, wogegen bei jener ersteren Supposition die Unterscheidung nach den einzelnen Veranlassungsgründen des Erwerbes als durchaus willkürlich erscheinen müßte. Am natürlichsten scheint es, die Erwerbsfähigkeit des Falliten auf keine Weise von so zufälligen Umständen abhängen zu lassen, wie die locale Concentrirung seiner dermaligen Vermögenstheile, die Geschäftsmasse des Gerichts, die Emsigkeit der Curatoren ꝛc. ꝛc., wodurch die frühere oder spätere Beendigung des Concurses bedingt wird. Ueberdies würde, wenn die Last der Alimentirung des Falliten durch die ausschließliche Vergünstigung zur Arbeit vermieden werden kann, das formelle Ende des Concurses eigentlich niemals eintreten müssen, weil es ohne besonderen Grund den Gläubigern die Aussicht entziehen würde, noch einen Zuwachs für die Masse durch immerhin mögliche Glücksfälle zu percipiren. — Der Streit der Rechtslehrer in dieser Materie bestätigt nur die Bemerkung, daß er

---

den Falliten zuwider seyn würde." Vergl. Sammlung der Erkenntnisse des Oberappellations-Gerichts zu Lübeck Bd. 1. S. 137. 138.

auf principlosem Boden geführt wird. So will Dabelow,[1] jenachdem bei dem Concurse eine Güterabtretung vorkam oder nicht, das nachher erworbene Vermögen zur Masse schlagen oder es dem Cridar zusprechen. Gensler lehrt: wenn der Gemeinschuldner während des Concurses neues Vermögen erwirbt, ohne daß der Grund des Erwerbes in die Zeit vor der Eröffnung des Concurses zurückfällt, so gehört jenes nicht zur jetzigen Masse, sondern muß nach den Principien beurtheilt werden, als sey der Cridar ad meliorem fortunam gekommen.[2] Dagegen findet sich bei mehreren Schriftstellern die mehr oder weniger zuversichtliche Angabe, daß die Activmasse aus dem ganzen jetzigen und dem vor Beendigung des Concursprocesses etwa noch zuwachsenden Vermögen des Schuldners bestehe.[3] Hierfür beruft man sich auf L. 6. D. de cessione bon.: "Qui bonis suis cessit, si modicum aliquid *post bona sua vendita* acquisivit, iterum bona ejus non veneunt." Ein, ohnehin immer bedenkliches, Argument e contrario aus dieser Stelle ignorirt aber die Verschiedenheit zwischen dem Römischen und dem heutigen Concursverfahren, zwischen der venditio bonorum und dem Distributivbescheid. Ferner deducirt z. B. Puchta: der Concurs bewirke ein allgemeines Pfandrecht in das gesammte, folglich jetzige und künftige (während der Dauer dieses Pfandrechts anfallende) Vermögen. "Dieses Recht der Gläubiger ist wirksam so lange, als der Zweck selbst, wozu es constituirt ist, es erfordert, d. h. bis zur Beendigung des Concurses durch Vertheilung der Masse." Allein abgesehen davon, daß die Immission und der heutige Universalarrest sich nicht wohl auf noch gar nicht vorhandene bona erstrecken konnte, würde der Zweck der Gläubiger, welcher kein geringerer als ihre volle

---

[1] Dabelow Concurs S. 537. Vergl. Gönner Handbuch Bd. 4. S. 526—528.

[2] Gensler im Archiv für civil. Praxis Bd. 2. S. 356.

[3] Schweppe Concurs § 35. Mackeldey Lehrbuch § 774. Puchta Concursproceß § 24. 25. Bayer Concursproceß § 26.

Befriedigung ist, die Wirksamkeit ihres Rechtes weit über die Vertheilung der bei Eröffnung des Concurses vorhandenen Masse hinaus erfordern; er kann daher nicht erklären, daß und weshalb das vor dem Ende des Concurses Anfallende anders zu beurtheilen wäre, wie das nach demselben Erworbene.

Die topische Praxis folgt übrigens gleichfalls der zuletzt erwähnten schwach begründeten Ansicht,[1] und dieselbe muß auch im art. 31 der Neuen Falliten-Ordnung vorausgesetzt seyn, zu dessen Erläuterung wir am Schlusse dieses Abschnittes Folgendes bemerken:

Da bei einem materiell insolventen Vermögen die Vereitelung seiner mühelosen Vermehrung eben so wie jede positive Verringerung dem Interesse der Gläubiger widerspricht, so liegt es einer systematischen Gesetzgebung nahe, jener nicht minder wie dieser entgegentreten zu wollen. Allein das Römische Recht hat hierbei die Gränze zwischen realem Verlust und entgangenem Gewinn mit einer Consequenz urgirt, die durch die Schonung der individuellen Freiheit des Schuldners wenigstens dann nicht mehr motivirt wird, wenn durch Eröffnung des Concurses seine Insolvenz förmlich constatirt ist, mithin seine Entsagung auf einen gebotenen Vortheil nur den Effect hat, die sonst mögliche gänzliche oder theilweise Befriedigung seiner Creditoren zu verhindern. Ohne daß hierbei der Ausbruch des Concurses (mit welchem solche Dispos-

[1]) In S. Cur. bon. Pütz c. Dr. Lührs m. n. erkannte das Niedergericht am 24. Jan. 1845: "Da die Curatores bonorum als solche legitimirt und verpflichtet sind, behufs Constituirung der Masse alle der Fallitin zuständigen Activa einzuziehen; da nun zu solchen Activis ein dem Falliten während des Concurses zufallendes Vermächtniß unzweifelhaft gehört..." In den Motiven des Oberappellations-Gerichts vom 21. December 1846 heißt es: "Da die Beklagte sich im Concurse befindet, es aber ausgemacht ist, daß Alles, was dem Cridar vor Beendigung des Concurses an Vermögen zufällt, Theil seiner Debitmasse wird." Sammlung der Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts Bd. 1. S. 810. 814.

tionen nach heutigem Recht nichtig werden, die vorher nur unter Umständen der Rescission unterliegen) einen Unterschied begründet, wird die Ablehnung eines offerirten Erwerbes, als Gegensatz zu der allein anfechtbaren Verringerung des gegenwärtigen Vermögens für unbedingt zulässig erklärt.[1]) Eine directe Folge hiervon ist es, daß auch die Ausschlagung einer Erbschaft dem Belieben des Falliten freisteht, und niemals als Veräußerung in fraudem creditorum behandelt werden kann.[2]) Zwar ließe sich dies auch daraus erklären, daß die Antretung der deferirten Erbschaft eine höchst persönliche Handlung ist, die nicht einmal durch einen Procurator, geschweige wider den Willen des Erben von seinen Gläubigern für ihn geschehen, und eben so wenig gegen ihn selbst erzwungen werden kann; allein das Nämliche gilt auch bei der Ausschlagung eines ipso jure anfallenden, nur durch ausdrückliche Erklärung abzulehnenden Legates.[3]) — Die Neue Falliten-Ordnung hat sich von rigoröser Consequenz in dieser Materie dispensirt, und ist bei ihren Modificationen des Rö-

---

[1]) L. 6. pr. D. quae in fraud. cred. (42, 8). "Quod autem, cum possit aliquid quaerere, non id agit ut acquirat, ad hoc Edictum non pertinet; pertinet enim ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos qui id agunt ne locupletentur." L. 134. D. de R. J. (50, 17). "Non fraudantur creditores, cum quid non adquiritur a debitore, sed cum quid de bonis diminuitur."

[2]) L. 28. pr. D. de V. S. (50, 16). "Qui occasione acquirendi non utitur, non intelligitur alienare, veluti qui hereditatem omittit." L. 6. § 2. D. quae in fraud. cred. (42, 8). "Proinde et qui repudiavit hereditatem, vel legitimam vel testamentariam, non est in ea causa ut huic edicto locum faciat; noluit enim adquirere, non suum patrimonium deminuit." Eine gründliche Ausführung hierüber s. in Geiger und Glück merkwürdige Rechtsfälle Th. 3. No. 43.

[3]) L. 6. § 4. D. quae in fraud. cred. "Sed et illud probandum, si legatum repudiavit, cessare edictum." L. 1. § 6. D. Si quid in fraud. patroni (38, 5). "Quamvis enim legatum retro nostrum sit nisi repudietur, attamen cum repudiatur, retro nostrum non fuisse palam est."

mischen Rechts vermuthlich den willkührlichen Theorieen älterer Schriftsteller gefolgt. Sie unterscheidet zunächst zwischen dem Anfall einer Erbschaft durch Testament und ab intestato; jene wird nicht weiter erwähnt, und dessen Ausschlagung müßte deshalb nach der richtigen gemeinrechtlichen Theorie dem Falliten, der dieselbe nicht seinen Gläubigern gönnen will, freistehen. Eine Intestaterbschaft dagegen wird nach Deutschem und Hamburgischem Recht, ohne besondere Adition, erworben, sofern sie nicht ausdrücklich repudiirt wird; diese Ausschlagung ist von Seiten eines unbeerbten Falliten für unstatthaft erklärt, vielmehr können sich seine Curatores bonorum der Erbschaft auf alle Wege anmaaßen, und dieselbe von denen, welche sie besitzen, den Rechten gemäß fordern (art. 31. § 4). Nur dann ist, in Uebereinstimmung mit der Billigkeitslehre einzelner Autoren [1]) der Verzicht auf eine angefallene Intestaterbschaft für gültig erklärt, wenn diese Renunciation zu Gunsten von Kindern des Falliten geschieht, der ihnen alsdann Vormünder bestellen lassen [2]), und sich der Administration gänzlich begeben soll (art. 31. § 3). Nach der Absicht des Gesetzes wird eine solche Procedur auch dann für zulässig zu halten seyn, wenn ein dergestalt renunciirter Erbtheil dadurch auf Personen transmittirt wird, die in concreto kein Intestaterbrecht haben, z. B. wenn der Fallit einer von mehreren Geschwisterkindern des Erblassers ist.

Der Anfang des art. 31 (§ 1 und 2) gestattet die Enterbung eines Falliten in guter Absicht durch seine Eltern oder sonstigen Verwandten, auch hinsichtlich des Erbgutes, und schließt die Gläubiger von einer solchen Erbschaft aus. Dies entspricht der gemeinrechtlichen Praxis, welche die im Römischen Recht erwähnten Fälle der Prodigalität und Unmündigkeit des bona mente zu Exheredirenden namentlich auch auf den Fall der Verschuldung angewandt hat. Die schärfere

---

[1]) Z. B. Berger Oecon. juris lib. 2. tit. 2. th. 34.

[2]) Dies ist in der Vormundschafts-Ordnung von 1844 art. 6 bestätigt.

Beantwortung der Frage, was auf diesem Wege den Gläubigern des Enterbten entzogen werden könne? bildete den Gegenstand eines neueren Rechtsstreits über ein Testament, in welchem eine von ihrem Manne getrennt lebende und aus dessen Vermögen standesmäßig alimentirte, aber in Concurs gerathene Ehefrau von ihrer Mutter zu Gunsten der Kinder enterbt, ihr selbst aber der lebenslängliche Zinsengenuß des beträchtlichen Erbtheiles ausgesetzt war.[1] Während das Obergericht die Curatores bonorum mit ihrem Anspruche auf jene Einkünfte abwies, wurde derselbe in erster und dritter Instanz als rechtmäßig anerkannt. Man ging hierbei davon aus, daß die bona mente, oder nach Römischem Sprachgebrauch die non mala mente, non notae causa geschehene[2] exheredatio dem Enterbten nicht die ihm entzogenen Vortheile auf indirectem Wege wieder zuzuwenden braucht, vielmehr, sofern nur für seinen Unterhalt gesorgt ist, den einfachen Gegensatz der Enterbung zur Strafe bildet, daß sie mithin aus anderen triftigen Gründen, namentlich aus Fürsorge für seine Descendenten geschehen könne. Der Testirer hat nicht die Macht, dasjenige, was er dem Enterbten wirklich zuwendet, (hier den Zinsgenuß eines ansehnlichen Capitales) den Gläubigern desselben mit Erfolg zu entziehen, vielmehr entscheidet dabei lediglich der Grundsatz, daß nur solche Einkünfte, welche zu dem nothdürftigen und nicht schon anderweit gesicherten Lebensunterhalt des Falliten bestimmt sind und so weit sie dazu ausreichen, nicht zur Masse gezogen werden dürfen.[3]

---

[1]) Vergl. Sammlung der Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts Bd. I. S. 809—822.

[2]) L. 12. § 2. D. de bonis lib. (38, 2). L. 18. D. de lib. et posth. (28, 2).

[3]) L. 6. D. de cessione bon. (42, 3). Neue Falliten-Ordnung art. 35.

## § 10.

### Dispositionen vor dem Concurse.

Das Concursverfahren füllt den Zeitraum, in welchem der Gedanke realisirt wird, daß eine vorhandene Vermögensmasse unter die dermaligen Berechtigten nach bestimmten Grundsätzen vertheilt werden soll. Die denkbaren Mittel, um etwaigen Störungen bei Verfolgung dieses Planes entgegenzuwirken, bestehen in: factischer Sicherung, Ungültigkeitserklärung oder Zwang zur Restituirung, Schadensersatz und Strafdrohung. Wir betrachten den Gegensatz, welcher in dieser Beziehung zwischen dem Concurse und der Zeit vor dessen Eröffnung Statt findet.

Nach Römischem Recht konnten die Gläubiger nach dem Decrete, welches die missio in bona ertheilte, sich sofort in den Besitz der Güter setzen, oder vom Magistrat ohne Weiteres manu militari in diesen Besitz immittirt werden. [1]) Dadurch wurde von nun an dem Schuldner die anderweite Uebertragung solcher Vermögenstheile factisch unmöglich, und aus seinen erst jetzt abgeschlossenen Geschäften konnte keine Klage gegen die besitzenden Gläubiger angestellt werden. [2]) Eine Dispositions-Unfähigkeit des Schuldners aber, so daß seine späteren Veräußerungen ipso jure nichtig gewesen wären, wurde so wenig durch die Immission wie durch cessio bonorum bewirkt, vielmehr war gegen Veräußerungen von Sachen, die er dem Besitze der Gläubiger vorenthalten hatte, das einzige Rechtsmittel der Letzteren die Paulianische Klage, welche nicht minder nach geschehener Immission wie vorher Anwendung fand. [3]) Der wirksamere Schutz, welcher der Gläubigerschaft durch die Ungültigkeit aller nach Eröffnung des

---

[1]) L. 3. pr. D. ne vis fiat ei qui in poss. (43, 4).

[2]) L. 8. § 1 D. de rebus auct. jud. poss. (42, 5).

[3]) Vergl. Francke im Archiv für civil. Praxis Bd. 16. S. 131—133.

Concurses getroffenen, seinem Zwecke widerstreitenden Dispositionen des Schuldners oder einzelner Gläubiger ertheilt wird, bildet die erste Abweichung des heutigen Rechts von dem Römischen in dieser Materie.

Deutlich und allgemein ist jener Satz im art. 54 der Neuen Falliten-Ordnung ausgesprochen:

"Dem Debitor ist post declaratam insolventiam alle Administration und Disposition über seine Güter gänzlich verboten, und was er ohne Consens der Curatorum thut oder handelt, ipso jure null und nichtig."

Von vorn herein ist zu erinnern, daß die Verfügungen zu Gunsten einzelner Gläubiger einen wichtigen Zweig der Frage ausmachen; sie stören den legalen Concursplan nicht weniger wie Schenkungen oder sonstige Veräußerungen, sind aber practisch häufiger als diese, weil mit der Insolvenz des Schuldners das dringende Interesse jedes Gläubigers steigt, auf seine eigene Befriedigung bedacht zu seyn. Auch in dieser Beziehung sollte schon nach Römischem Recht die Ertheilung der Immission einen entscheidenden Wendepunkt bilden, und im Allgemeinen sollten nicht die vorher, wohl aber die nach demselben geleisteten Zahlungen einer Anfechtung unterliegen. [1]) Der Unterschied besteht nur darin, daß nach

---

[1]) Diese von Julian aufgestellte Theorie wurde von den Späteren gebilligt. L. 6. § 7 D. quae in fraud. cred. (42, 8). "Sciendum, Julianum scribere eoque jure nos uti, ut qui debitam pecuniam accepit antequam bona debitoris possideantur quamvis sciens prudensque debitorem non esse solvendo, non timere hoc edictum; sibi enim vigilavit. Qui vero *post bona possessa* debitum suum receperit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus; nec enim debuit praecipere ceteris post bona possessa, cum jam par conditio omnium creditorum facta esset." — L. 10. § 16 eod. "Si debitorem meum et complurium creditorum consecutus essem fugientem et pecuniam secum ferentem, et abstulissem id quod mihi debeatur, placet Juliani sententia dicentis, multum interesse antequam in possessionem bonorum ejus mittantur creditores hoc factum sit, an postea? Si ante, cessare in factum actionem; si postea, huic locum fore."

dem Edict über die Paulianische Klage („gesta cum eo qui fraudem non ignoraverit") die **Wissenschaft** des bezahlten Gläubigers von der Immission als eine Bedingung der Anfechtung erscheint, auf welche jetzt nichts mehr ankommt, weil unabhängig davon die Zahlung des dispositions-unfähigen Schuldners, wie die des Interdicirten, formell ungültig ist.

Neue Falliten-Ordnung art. 10. „Sollte jedoch zu befürchten seyn, daß der Debitor in der Zwischenzeit . . . etwas von seinen Gütern von abhänden brächte oder Andere damit decken wollte, welches letztere jedoch für sich null und nichtig seyn würde. . ."

Es läßt sich erwarten, daß unsere älteren Rechtsquellen die Mittel, durch welche einer Verringerung der Activmasse entgegengewirkt werden kann, ziemlich willkürlich gehandhabt, daß sie namentlich mit den civilrechtlichen Waffen des Zwanges zur Restitution und Schadenersatz auch die Drohung mit eigentlichen Strafen cumulirt haben. Das Stadtrecht von 1603 enthält darüber den (anscheinend Original-) Artikel 3. tit. 43. P. I. „Da auch jemand der Creditoren von des flüchtigen oder verstorbenen Debitoren Gütern nach desselben Falliment oder tödtlichen Abgange etwas zu sich genommen hätte; derselbe soll nicht allein solche Güter oder Waaren zu restituiren schuldig, besondern auch seiner habenden Action und **Forderung verlustig** seyn." Nach den Correctionen des Syndicus **Möller** sollte der Fiscus in die Stelle eines solchen Gläubigers eintreten, und zu diesem Zweck der fiscalis in civilibus auf alle Fallimente gute Aufsicht haben und fleißig wachen; ein Vorschlag, der jedoch in die Falliten-Ordnung von 1647 nicht aufgenommen worden ist. Nur gegen **fremde** Gläubiger wird jenes Präjudiz in der Gerichts-Ordnung von 1711 (tit. 54. art. 8) noch beibehalten; **hiesige** dagegen sollen in gleichem Fall dazu angehalten werden, solche zum Nachtheil der übrigen Creditoren erlangte Effecten wieder ad massam zu bringen, und daneben allen durch solch unrechtmäßiges Verfahren verursachten **Schaden zu ersetzen**. Eine Ausnahme wird nur zu Gunsten einer erlaubten Selbst-

hülfe in dem Falle statuirt, für welchen das Statut und die Neue Falliten-Ordnung (art. 24) das Vindicationsrecht anerkannt haben: die Correctionen wollten diejenigen von Strafe entfreit wissen, die dem Flüchtigen auf dem Fuße nacheilen, und bei demselben ihre Waare und Güter, so sie ihm nicht creditiret, sondern für baare Bezahlung verkauft und übergelassen, oder die der Fallit ihnen dolose abgezwackt, nachdem er zu fliehen entschlossen gewesen, antreffen und zu sich nehmen. Sie sollen aber dies den anderen Creditoren ungesäumt anmelden. Aehnlich verfügt die Gerichts-Ordnung von 1711: "es wäre denn, daß der Creditor rechtsbeständig erweisen könnte, daß die von ihm attrapirte und in Händen gebrachte Effecten seine dem debitori aufs höchste innerhalb acht Tagen vor seinem Fallissement pro contant und nicht del credere verkaufte und fidirte eigene, unveränderte und annoch in statu quo, wie er sie ihm geliefert, vorhandene Effecten und Waaren, es sey insgesammt oder pro parte, oder seine eigene bei dem debitore ad fideles manus niedergesetzte Deposita wären; in welchem Fall er selbige nach hiesigen Stadtrechten als sein eigen Gut zu behalten befugt."

Diese juristischen Wirkungen des Concursanfanges sind für jeden Gläubiger und für das ganze Publicum so bedeutend, daß es von Wichtigkeit erscheint, den Zeitpunkt, mit welchem sie herbeigeführt werden, genau zu bestimmen. Um Unsicherheit und Streitigkeiten zu vermeiden, müßte dieser Zeitpunkt ein scharf begränzter seyn, und außerdem sein Eintritt im einzelnen Fall zur allgemeinen Kunde gelangen. Derjenige Rechtsact, welcher solchen Requisiten genügen konnte, war in früherer Zeit der Universal-Arrest, dessen Erkennung von ähnlichem Effecte war wie das Römische, die missio in bona ertheilende, Decret. Denn während er die Maaßregeln zur factischen Sicherung der Activmasse durch Inventur, Versiegelung, Bewachung 2c. ursprünglich ex officio zur Folge hatte, nachher dem Impetranten das Recht zu deren Herbeiführung gewährte, so knüpften sich an ihn zugleich diejenigen Folgen, welche die vollständige Erreichung

des Zweckes auf dem Rechtswege gewährleisten. Dahin gehört z. B. die Sistirung der Executionen und Particular-Arreste. "Sobald — lehrt Schuback [1]) — der Universal-Arrest erkannt, und durch Einlegung der Wache zum Effect gebracht ist, so hören alle executiones billig, also auch alle actiones speciales contra debitorem auf, und werden ad concursum universalem verwiesen, wo ein Jeder seine Forderung profitiren muß." Zur Ausführung des Universal-Arrestes gehört insbesondere die sofortige Erlassung des mandati arrestatorii, wodurch derselbe öffentlich notificirt [2]), und Jedem bei Strafe anbefohlen wird, alle dem Schuldner gehörige Gegenstände zur Masse zurückzuliefern. Wir sehen aber deutlich, daß die Ungültigkeit der schuldnerischen Veräußerungen und Dispositionen von dieser Bekanntmachung als einer Maaßregel der Zweckmäßigkeit unabhängig, und vielmehr ein directer Ausfluß des gerichtlich erkannten Universal-Arrestes selbst war. [3]) Als später die Insolvenz-

[1]) Schuback Tractat vom richterlichen Amt Sect. 2. cap. 17. § 43.

[2]) Der Eingang des mandatum arrestatorium lautet: "Wir fügen hiermit zu wissen, was maaßen Wir auf Anhalten von . . . auf desselben Falliten sämmtliche Haab' und Güter, auch Handlungsbücher, Schriften und Rechnungen bei allen und jeden, wo dessen etwas vorhanden, einen Universal-Arrest vergönnt und angelegt haben. Befehlen und gebieten darauf ꝛc."

[3]) Zu den Worten des art. 3. tit. 41. Stat., daß der Gläubiger, welcher etwas von des Falliten Gütern zu sich nimmt, nicht allein dasselbe restituiren, sondern auch seiner Forderung verlustig seyn soll, bemerkt Langenbeck: "Hiervon weiß man zwar kein Exempel, unterdessen ist es recht und billig, dijudicandum nach Maßgebung und Einhalt des mandatum arrestatorium." Die Gerichts-Ordnung von 1711 tit. 54. art. 21 ändert jene Stelle dahin ab: "Derselbe soll solche Güter, Geld oder Waaren zu restituiren schuldig, und, falls solches nachdem das mandatum arrestatorium schon wirklich affigirt gewesen, geschehen wäre, auch seiner habenden Action und Forderung verlustig seyn." Restituirt muß also auch das schon vor diesem Zeitpunkt in Besitz Genommene werden. So ist es auch nach dem gemeinen

erklärung des Schuldners durch Zusicherung freien Geleites für diesen Fall begünstigt wurde, und das außergerichtliche Verfahren vor Commissarien des Rathes in Fallitsachen aufkam, so wurde der Zeitpunkt, in welchem die Insolvenz dem Rathe declarirt wird, auf gleiche Linie mit dem auf Anhalten der Gläubiger erkannten Universal-Arreste gestellt. [1]) Weniger einfach erscheint die Sache nur deshalb, weil nach dem gemischten System der Neuen Falliten-Ordnung Insolvenzerklärung und Universal-Arrest bei dem nämlichen Fallissement vorkommen, und die erste dem zweiten bald vorangehen, bald nachfolgen kann. Wir ergänzen frühere Ausführungen über diesen Punkt [2]) durch folgende Bemerkungen.

Wenn die Dispositionsbefugniß des Schuldners sowohl mit der Insolvenz-Declaration als mit dem Universal-Arrest erlöschen sollte, so müßte bei successiver Concurrenz beider Ereignisse dasjenige das entscheidende seyn, welches der Zeit nach zuerst eintritt. Dies ist auch für die Priorität der Insolvenzerklärung klar genug vorgeschrieben: der in art. 54 mit den Worten "post declaratam insolventiam" bezeichnete Anfangspunkt ist in art. 10 näher durch die Verfügung der Fallitcommission zur Veranlassung der Curatorenwahl präcisirt ("in der Zwischenzeit, da die Commission erkannt ist und Curatores erwählet worden"), und kommt es daher weder

---

Recht. S. Gönner Handbuch Bd. 4. No. 82. § 24. Schweppe Concurs § 31.

[1]) Langenbeck a. a. O. "Quaer. wie lange ein Debitor seinen Creditoren decken oder ein Pfand zu geben berechtiget? In foro conscientiae würde die Beantwortung weit zurückgehen müssen. Quoad effectum juris ist, sobald der debitor per supplicam seine Insolvenz declariret, oder um Geleite vor fremde Schuld anhält, oder er sich absentiret, oder der Universalarrest erlaubet, der debitor nicht mehr arbiter rerum suarum, et creditores incipiunt possidere."

[2]) Einen gründlichen Aufsatz "über den Zeitpunkt des Concurseintrittes" (von V.) enthält die Hamb. Zeitschrift für Politik und Handelsrecht. Jahrg. 3. S. 1—33. Vergl. auch Hasche Erläuterung der Falliten-Ordnung Th. 1. S. 156—174.

auf den früheren Moment, in welchem die Erklärung von Seiten des Schuldners erfolgt, [1]) noch auf den späteren der von den Commissarien eröffneten Thätigkeit an. Damit stimmt es überein, daß sofort nach Erkennung der erbetenen Commission alle Executionen und Arreste aufhören sollen, weshalb das Decret den verschiedenen Justizbehörden alsbald zugestellt werden soll, damit daselbst keine weiteren Executionen angesetzt, und in den schon anhängigen nicht weiter verfahren werde. Eine spätere Nachsuchung des Universal-Arrestes ist nur dem Ermessen der demnächst erwählten Curatoren überlassen, sofern sie "gerichtliche passus zu machen nöthig finden" (art. 11), mithin für die jetzige Frage irrelevant. — Aber auch ein früheres Erkenntniß auf Universal-Arrest hat die ehemalige Bedeutung eingebüßt, da es dem oder den Gläubigern, durch welche dasselbe bewirkt war, die Pflicht auferlegt, bei der Fallitbehörde förderſamst die Niedersetzung der Commission nachzusuchen, widrigenfalls der Universal-Arrest wieder verloren geht (art. 2). Ob dabei der Arrest auf Bescheinigung der Unpfandbarkeit im Executionswege, oder ob er aus anderen im art. 1 erwähnten Gründen erwirkt worden war, ist gleichgeltend. Immer also bildet die Einsetzung der Fallitcommission den einzigen und gleichmäßigen Abschnitt, mit welchem die Dispositionsfähigkeit des Schuldners aufhört, und müssen die Vorschriften der Artikel 10 und 54 in dieser Allgemeinheit verstanden werden. [2]) Zu

---

[1]) Früher scheint dies anders angesehen zu seyn. Vergl. Langenbeck zu art. 5. tit. 43. P. I. Stat. "Und dieser, welcher dergleichen Supplique übergiebt, wird als notorie fallit geachtet, und muß sich aller weiteren Disposition seiner Güter enthalten, dahingegen wird dadurch der Lauf richterlicher Bekümmerung vor der Hand fistiret."

[2]) In art. 61. § 1 wird für die Sistirung des Zinsenlaufes als Termin der declarirten Insolvenz bezeichnet, "da sich der Debitor insolvent erkläret hat, oder der Universal-Arrest erkannt, oder der Schuldner gestorben ist." Die nämlichen Momente waren ursprünglich auch im art. 24. § 3 als diejenigen genannt, mit deren

erklären aber ist diese Aenderung des früheren Rechts durch das damals schon eingetretene Zerfallen des Universal-Arrestes in mehrere Theile, deren jeder einzelne von erneuerter beliebig aufzuschiebender Thätigkeit des Impetranten abhängig geworden war. Selbst von dem mandatum arrestatorium berichten die Commentatoren: "Der Excitant lässet das mandatum arrestatorium ad valvas curiae affigiren, wann er will, gestalten mancher es nur zum Schrecken nimmt und unaffigirt bei sich niederlegt, auch wohl ex collusione cum debitore es hinterläßt, daß andere creditores stille zu sitzen verleitet werden, und debitor Zeit bekommt aufzuräumen." [1]) Dadurch wurde der jetzige haltlose Zustand vorbereitet, für welchen jedoch so viel gleichfalls feststeht, daß vor gerichtlicher Eröffnung des Fallissements die Verfügungen des Schuldners nicht als nichtig behandelt werden können. Wir citiren dafür einige handelsgerichtliche Aussprüche:

Cur. bon. Nissen c. Scheibel 8. October 1842. "Da die formelle Dispositionsbefugniß eines Cridars bis zur wirklichen Eröffnung des Fallissements fortdauert."

Dr. Riecke m. n. c. Cur. bon. Lübbers 29. October 1842. "Da der art. 1 der Neuen Falliten-Ordnung nicht etwa dahin darf verstanden werden, daß der Eintritt des einen oder anderen der daselbst enumerirten Momente ohne Weiteres den Effect der formellen Fallissements-Eröffnung haben solle, so daß jede spätere Vermögens-Disposition nichtig wäre; wie denn auch eine solche Ansicht, — die ja consequent jede Zahlungs-Verurtheilung eines Wechsel-

---

Eintritt das Fallissement für kundbar geachtet werden soll. Durch die bürgerliche Prüfungscommission wurde noch eingeschoben "oder seine Güter in praejudicium seiner Creditorum heimlich wegbringt, oder wenn er seine Creditores privatim zusammenruft und ihnen einen Accord anbietet" übereinstimmend mit den im art. 1 aufgezählten Indizien für den Universal-Arrest. Jedenfalls liegt hierin nur eine singuläre Begünstigung für das Vindicationsrecht des unbezahlten Verkäufers.

[1]) Anderson Comm. zu art. 2. tit. 43. P. I. Stat.

Acceptanten, gegen den der Wechsel wegen Nichtzahlung protestirt wurde, für unstatthaft erklären müßte — hier gar nicht einmal von den Klägern geltend gemacht wird; da es sich demnach im vorliegenden Fall, wo es sich von Dispositionen eines Cridars handelt, die geraume Zeit vor der förmlichen Fallissements-Eröffnung geschahen, nur darum fragen kann, inwiefern etwa diese Dispositionen auf Grund der Paulianischen Klage rescissibel seyen."

Cur. bon. Stäcker & Co. c. Parish & Co. 2. Januar 1843. "Da S. & Co., welche am 14. Juni 1842 bei Gericht Insolvenz erklärten, am 3. Juni desselben Jahres noch dispositionsfähig waren, daran auch, daß klägerischer Behauptung nach S. & Co. am 3. Juni ihre Wechsel zurückgegeben haben, nichts ändert, wie solches schon der Umstand zur Genüge darthut, daß darüber ja in der täglichen Praxis kein Zweifel obwaltet, daß Solche, die ohne förmlich Insolvenz erklärt zu haben, sich in einer der Positionen des art. 1 der Neuen Falliten-Ordnung befinden, sowohl zur Klage zugelassen werden, als auch gegen sie ein einzelner Gläubiger zu seinem, nicht zu der Gesammtcreditorschaft Nutzen sein Recht verfolgen und zur Execution bringen kann; damit auch die Neue Falliten-Ordnung im mindesten nicht im Widerspruch ist, indem art. 24 nur eine singuläre Bestimmnung enthält, art. 1 aber nur besondere Kriterien angiebt, welche die Gläubiger befugen, mittelst Erwirkung des Universal-Arrestes die gerichtsseitig auszusprechende Insolvenzerklärung des Schuldners herbeizuführen; vielmehr in der Neuen Falliten-Ordnung der Grundsatz, daß erst die Deckungen, welche nach förmlich erklärter Insolvenz gemacht werden, nichtig seyn sollen, sich findet art. 10 verb. "Sollte jedoch — null und nichtig seyn würde."

Simms & Co. c. Bieber 18. December 1843. "Da, wie früher und auch in neuester Zeit vom Handelsgericht und Obergericht conform ausgesprochen worden, ein Ueberschuldeter bis zur förmlich declarirten Insolvenz disposi-

tionsfähig ist, die von ihm seinen Gläubigern geleistete Zahlung also zu Recht beständig ist."

Das Mittel, um die schon vor Anfang des Concurses vom Schuldner vorgenommenen Verringerungen seines Vermögens unschädlich für die Gläubiger zu machen, bildet nach Römischem Recht die actio Pauliana und das nur processualisch davon verschiedene interdictum fraudatorium. Noch vor Kurzem wurde eine offizielle Beschwerde erhoben über "die gemeinrechtlichen Labyrinthe der Paulianischen Klage;" [1]) gleichwohl klingt die Lehre der Compendien über dieses Rechtsmittel einfach genug. Es sollte durch dasselbe der Curator bonorum (dem es vorzugsweise im Edict versprochen war) die Vermögenstheile, welche der Schuldner dem Besitze der Gläubiger zu entziehen gesucht, und deshalb an Dritte veräußert hatte, zur Concursmasse zurückfordern. [2]) Die Bedingungen der Klage sind, außer einer Verringerung des schon erworbenen Vermögens, allgemein der dolus des Schuldners, und auf Seiten eines nicht lucrativen Erwerbers eine Theilnahme an diesem dolus. — Wir gehen sofort zu der Gestaltung über, welche diese Grundsätze in der hiesigen Praxis angenommen haben.

1. Unsere Rechtslehrer stritten zunächst über die Frage: ob die Paulianische Klage in Hamburg überhaupt Anwendung finden dürfe oder nicht? Während nämlich Hasche [3]) aus art. 32. § 2 der Neuen Falliten-Ordnung — "Haben aber die Eltern ihren Kindern in praejudicium creditorum Geschenke gegeben, so werden solche Schenkungen billig vernichtet und das Geschenk wieder ad massam gezogen" — die Zulässigkeit jenes Rechtsmittels deducirt, von welchem hier nur zufällig eine einzelne Anwendung hervorgehoben sey, er-

---

[1]) Motive zum Entwurf des Hamb. Criminalgesetzbuchs von 1851 art. 206—208.

[2]) Francke im Archiv für civil. Praxis Bd. 16. S. 133.

[3]) Hasche Erläuterung der Neuen Falliten-Ordnung Th. 1. S. 93 folg.

blickt Pöhls [1]) in demselben Gesetze nur eine singuläre Vorschrift, aus deren Aufstellung sich grade ergebe, daß keine allgemeine Rechtsnorm daraus gebildet werden dürfe. Dieser Streit ist seitdem durch die tägliche erfolgreiche Anstellung von Rescissionsklagen bei unseren Gerichten erledigt. [2])

2. Eine wesentliche Abweichung besteht aber darin, daß, so weit nach Römischem Recht die einem einzelnen Gläubiger geleisteten Zahlungen mit der a. P. nicht angefochten werden konnten, in Hamburg das Nämliche auch hinsichtlich der einem Gläubiger zu Theil gewordenen sogenannten Deckung gilt. Schon Hasche bezeugt, daß die hiesige Praxis am Ende des vorigen Jahrhunderts gegen die Zulässigkeit solcher Deckungen nichts einzuwenden wußte, [3]) und eben so bestätigt Kosegarten es als einen ausgemachten Satz, daß in der Regel jede vor Anfang des Fallissements geschehene Befriedigung eines Gläubigers für eine wirkliche Schuld aufrecht erhalten werde. [4]) Ausdrücklich ist dieser Satz u. A. in folgenden gerichtlichen Entscheidungen sanctionirt:

---

[1]) Pöhls Handelsrecht Bd. 1. S. 404.

[2]) Schon Hasche Erläuterung Th. 3. S. 338 theilt ein Erkenntniß vom 30. November 1804 Cur. bon. Reitz c. Brand mit: "Daß der zwischen dem Beklagten und dem Falliten kurz vor dessen Insolvenzerklärung in fraudem seiner Gläubiger über dessen Erbe und Zuckerbäcker-Geräthschaften geschlossene Kauf- und Verkaufcontract zu cassiren." Vergl. aus neuerer Zeit: Obergericht Cur. bon. Koock c. Bernhardt 10. November 1845: "Da, wenn auch im Allgemeinen die auch bei uns bestehende Gültigkeit der actio Pauliana nicht zweifelhaft erscheint." Handelsgericht Wöbbe c. Cur. bon. Hinck 11. Februar 1847: "Da auch die Anwendung der actio Pauliana in Hamburg durch keine gesetzliche Bestimmung ausgeschlossen ist, indem art. 10 der Neuen Falliten-Ordnung nicht arg. e contrario dawider angewandt werden kann, weil dieser Artikel nur besagt, daß eine Deckung nach erkannter Commission für sich null und nichtig sey, d. h. ipso jure, ohne daß es erst einer Rescission bedarf."

[3]) Hasche a. a. O. Th. 1. S. 113 folg.

[4]) Kosegarten im Archiv für das Handelsrecht Bd. 2. S. 256.

Handels-Gericht Cur. bon. Franz Wwe. c. Herling 2. Mai 1831. "Da eingeräumt ist, daß die Wittwe des verstorbenen Franz die Güter, welche in der libellirten Verkaufsacte specificirt, dem Beklagten verkauft, tradirt und überliefert hat, Beklagter mithin justo titulo in deren Besitz gekommen ist, worin auch der Umstand nichts ändert, wenn er wußte, daß die Verkäuferin schon in materieller Insolvenz sich befinde, da ihm wie Jedem das Recht zustand, seinen eigenen Schaden zu vermeiden oder zu mindern, und qui jure suo utitur nemini facit injuriam."

Handels-Gericht Dr. Riecke m. n. c. Cur. bon. Lübbers 29. October 1842. "Da es freilich nach den Rechtsquellen richtiger seyn dürfte, von den Dispositionen, welche ein Cridar ante concursum mit Bewußtseyn der Insufficienz seiner Vermögensmasse traf, nur die baare Zahlung einer klagbaren fälligen Schuld als unter allen Umständen nicht der actio Pauliana unterworfen zu erachten (Francke über die Zulässigkeit der a. P. bei Zahlungen, im Archiv für civ. Praxis Bd. 16), in der Hamburgischen Praxis jedoch sich die, auch in der Theorie (Schweppe Concurs ed. 3. § 82 a) vertheidigte Ansicht völlig festgestellt hat, daß gleichmäßig eine datio in solutum von Curatoribus bonorum nicht könne angefochten werden, sofern nur der Werth dessen, was der Gläubiger erhielt, nicht mehr betrug als derselbe zu fordern hatte, es aber höchst bedenklich ist, eine so entschiedene Praxis, welcher mit Recht der die Deckung entgegennehmende Creditor vertrauen durfte, zu verlassen, wie sehr es auch andererseits wünschenswerth erscheint, daß eine geeignete Legislation jede willkürliche Begünstigung einzelner Gläubiger abseiten eines Verschuldeten, der keine gegründete Aussicht mehr hat, sich zu halten, möglichst verhindere."

Handels-Gericht. Simms & Co. c. Bieber, 18. December 1843. "Da ein Ueberschuldeter bis zu förmlich declarirter Insolvenz dispositionsfähig ist, die von ihm seinen Gläubigern geleistete Zahlung also zu Recht beständig ist; da ferner

bei uns die Deckung in dieser Beziehung der Zahlung gleichsteht, wie gleichfalls conform vom Handelsgericht und Obergericht noch in der neuesten Zeit erkannt ist, also der Gläubiger wie Zahlung so auch Deckung annehmen darf, sofern dabei keine mala fides obwaltet."

Nieder-Gericht. Cur. bon. Fedder Karstens c. Doct. Fischer, 19. December 1842. "Da der nach gemeinem Recht vor Ausbruch des Concurses zulässigen Bezahlung eines Gläubigers abseiten des überschuldeten Debitors nach Hamburgischer entschiedener Praxis die Hingabe an Zahlungsstatt oder Deckung in der Art gleichgestellt worden ist, daß dieselbe nicht ohne die, anderweitig speciell zu begründende, böse Absicht des Acquirenten angefochten werden kann."

Nieder-Gericht. Cur. bon. Koock c. Bernhardt, 14. April 1845. "Nach der Hamburgischen, übrigens auch durch gemeinrechtliche Schriftsteller unterstützten Rechtsansicht ist eine vom Schuldner in fraudem der Creditorschaft vorgenommene Veräußerung von dem Acquirenten nicht nur als Zahlung, sondern eben sowohl als Deckung für eine Forderung an den nachherigen Gemeinschuldner aufrecht zu erhalten."

Ober-Gericht, i. e. c. 10. November 1845. "Da hinsichtlich der actio Pauliana bei uns im Vergleich zu den Bestimmungen des Römischen Rechts der wesentliche Unterschied besteht, daß dem Gläubiger nicht untersagt ist, von seinem Schuldner bis zu dessen declarirter Insolvenz nicht allein baare Zahlung, sondern auch auf andere Weise beschaffte Deckungen anzunehmen."

Handels-Gericht. Dr. Knauth m. n. c. Cur. bon. Hinck & Co., 24. April 1847. "Da bereits mehrfältig ausgesprochen worden, daß eine constante Hamburgische Praxis bei der Frage über die Anfechtbarkeit einer abseiten eines Falliten vor Eintritt seines formellen Fallissements geschehenen Befriedigung einzelner Gläubiger nicht zwischen dem Falle einer baaren Bezahlung und einer anderweiten Berichtigung oder Sicherstellung unterscheidet, vielmehr eine

datio in solutum und Pfandbestellung — sofern nur nicht dem Gläubiger definitiv mehr als der Betrag seiner rechtmäßigen Forderung zu Theil wird — nicht minder als eine Baarzahlung aufrecht erhält, es aber sich nicht rechtfertigen läßt, von dieser constanten Praxis abzugehen, wie sehr sich auch immer mehr das dringende Bedürfniß herausstellt, daß überhaupt der Begünstigung einzelner Gläubiger bei unvermeidlich bevorstehendem Fallissemente thunlichst gesteuert werde."

Ober-Appellations-Gericht. Paillieux-Salats c. Seyffert & Co., 21. October 1850. "Da die stattgefundene Transaction ihrem Wesen nach nichts Anderes ist als eine der in Hamburg nur zu gewöhnlichen Deckungen eines andringenden Gläubigers durch datio in solutum, und es eine bekannte Sache ist, daß solche Deckungen, wenn der Gläubiger nur eine rechtmäßige Forderung hat, auch wenn er noch so gut weiß, daß sein Schuldner insolvent sey, und er auf Kosten anderer Gläubiger seine Befriedigung erhalte, so wie ohne Unterschied ob die Deckung mit bezahlten oder auf Credit gekauften Waaren geschieht, in Hamburg für nicht anfechtbar gelten." [1]

3. Welche Rechtsgeschäfte umfaßt der Begriff dieser Deckungen? Bei mehreren Entscheidungen handelte es sich um datio in solutum, Cession von Forderungen, Inscribirung von Hypothekposten in Grundstücke des Falliten, oder um den gewöhnlichen Fall des Verkaufs von Waaren oder Mobilien mit Compensation des Kaufpreises gegen die Forderung an den Schuldner. Im Allgemeinen erklärte das

Nieder-Gericht. Cur. bon. Koock c. Bernhardt, 14. April 1845. "Diese sogenannte Deckung umfaßt nach einem gemeinschaftlichen Merkmal alle diejenigen Rechtsgeschäfte, deren Absicht und Erfolg es ist, entweder Befriedigung oder Sicherung für eine Forderung zu gewähren."

---

[1] Sammlung von Erkenntnissen des Ober-Appellations-Gerichts Bd. 2. S. 385. Vergl. Bd. 1. S. 430.

4. Wie muß die zu deckende Forderung beschaffen seyn? Das Niedergericht spricht in dem zuletzt angeführten Erkenntnisse aus, die Forderung müsse schon vor dem Deckungsgeschäft als eine rechtsgültige existirt haben, und dürfe nicht erst gleichzeitig, um dieselbe sofort zu decken, constituirt werden. (Es handelte sich um eine Forderung für Beköstigung, worüber vorher keine Verabredung getroffen war.) Eben so erklärt das Obergericht in derselben Sache: "Da es für die Gültigkeit geschehener Deckungen als nothwendige Bedingung erscheint, daß dem Creditor rechtsgültige Forderungen bereits vorher zustanden, und dieselben nicht erst, um eine Cession zu motiviren, gleichzeitig mit derselben verabredet worden." Darüber, ob die Deckung einer noch nicht fälligen Forderung anfechtbar sey, scheint die Ansicht unserer Gerichte gewechselt zu haben:

Handels-Gericht. Cur. bon. Franz Wittwe. c. Herling, 2. Mai 1831. "Da ferner die Frage, ob diese Forderung (welche zur Compensation in einer Verkaufsacte benutzt war) am 13. Februar 1830 bereits fällig gewesen oder nicht, möge immerhin der Wittwe Franz eine schärfere Strafe zukommen, bei der Beurtheilung der Rechtsbeständigkeit dieses Kaufcontractes irrelevant ist, weil in der angelegten Verkaufsacte die Fälligkeit dieser Forderung und Zulässigkeit zur Compensation, und daß dieser Verkauf zu der Befriedigung jener Forderung absichtlich und nur allein vollzogen, ausdrücklich erklärt worden, einem Jeden aber das Recht zusteht, auch eine noch nicht fällige auf ihn laufende Forderung zu tilgen."

Nieder-Gericht. Cur. bon. Koock c. Bernhardt, 14. April 1845. Es kommt auf den Umstand, daß der Wechsel zur Zeit der Deckung noch nicht fällig war, nicht an, indem dieser Umstand dem Interesse und dem Recht auf eine — allgemein zulässige — Deckung nicht im Wege steht."

Handels-Gericht. Wöbbe c. Cur. bon. Hinck & Co., 11. Februar 1847. "Da der Creditor, der von der Lage von Hinck & Co. und daß sie eine Administration, welche eine ord-

nungsmäßige Befriedigung der Gläubiger bezweckte, vorgeschlagen und zu Stande zu bringen sich bemüheten, unterrichtet, demungeachtet für nicht fällige Forderung Deckung annahm, wegen solcher Mitwissenschaft der von Hinck & Co. verübten Widerrechtlichkeit (conscientia fraudis) mit der actio Pauliana auf Rescission des Contractes belangt werden kann; da somit diese Cession nur in soweit in Betracht kommen kann, als Kläger am 10. August 1846 (dem Tage der Denunciation an den debitor cessus) fällige Forderung an Hinck & Co. hatten."

Ober-Gericht, 12. Juli 1847. "Da die vom Erkenntniß a quo aufgestellte Distinction zwischen der Deckung fälliger und nicht fälliger Schulden betreffend — abgesehen davon, daß 1) die dabei vom Handelsgericht adoptirte, von Francke im civil. Archiv Bd. 17 vertheidigte Theorie selbst nach Römischen Recht noch erheblichen Zweifeln unterzüglich ist, wie denn neuerdings erst wieder Vangerow, Pandecten § 697, sich ausführlich dagegen erklärt hat; daß 2) selbst nach der in Rede stehenden Theorie es nie auf das fällig geworden seyn der Schuld zur Zeit der Deckung, sondern vielmehr immer nur zur Zeit der förmlichen Insolvenzerklärung ankommen würde, und daß 3) die fraglichen Grundsätze, ihre Richtigkeit vorausgesetzt, doch in concreto nach Lage der Acten nicht zu einer Abweisung der Klage, sondern lediglich dahin würden haben führen können, daß bei der demnächstigen Justification der für die Cession gegebenen Valuta nur solche Forderungen, welche vor dem betreffenden Zeitpunkte fällig geworden, zu attendiren gewesen wären, — eine solche Distinction, sofern von ihr die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Deckung an und für sich abhängig gemacht werden soll, nicht nur von dem Hamburgischen Gerichtsgebrauche und dem in der täglichen Praxis der hiesigen Fallissemente sich kund gebenden Gewohnheitsrechte nicht gebilligt, sondern auch bereits durch ausdrückliche gerichtliche Entscheidungen verworfen worden ist."

5. Bedingungen der Anfechtung eines Deckungsgeschäfts. Ober=Appellations=Gericht. Schröder & Co. c. Robinow Goldschmidt & Co., 12. April 1832. "Die exceptio doli ist nicht minder verwerflich, indem darin kein dolus liegt daß ein Gläubiger auf seine Befriedigung Bedacht nimmt, selbst wenn er die Insolvenz seines Schuldners kennt (L. 6. § 7. D. quae in fraud. cred.), und selbst wenn er wissen sollte, daß derselbe eigentlich beabsichtigt habe, das zu seiner Befriedigung verwandte Object einem Anderen zuzuwenden."

Handels=Gericht. Cur. bon. Nissen c. Scheibel, 8. October 1842. "Da die Rescission eines Deckungsgeschäfts als fraudulös, ungeachtet es nichts weiter als die Befriedigung eines wirklichen Gläubigers bezweckt, jedenfalls bedingt, daß zur Zeit der empfangenen Deckung der Creditor völlige Wissenschaft davon hatte, daß der Cridar schon in einer solchen Lage sich befinde, in welcher er einen einzelnen Gläubiger nicht mehr befriedigen konnte ohne sich seinen übrigen Gläubigern gegenüber einer fraus schuldig zu machen."

Handels=Gericht. Cur. bon. Stäcker & Co. c. Parish & Co. 2. Januar 1843. "Da im vorliegenden Fall die mala fides lediglich durch den Umstand, daß P. & Co. zur Zeit der Cession den Zustand der Insolvenz des cedentischen Hauses gekannt, begründet werden will, schon gemeinrechtlich aber es feststeht, daß eine mala fides des vigilanten Gläubigers, welcher sich seine Schuld vor Ausbruch des Concurses bezahlen läßt, in der Kenntniß der schlechten Lage seines Debitors nicht liegt."

Handels=Gericht. Simms & Co. c. Bieber, 18. December 1843 wörtlich eben so.

Handels=Gericht. Kypcke c. Leffmann Benjamin, 20. Mai 1844. "Da nach den schon häufig ausgesprochenen Principien eine mala fides des Adcitaten nur dann vorhanden, wenn die fragliche Cessionsacte simulirt wäre, d. h. wenn ein wirklicher und wahrhaftiger Kauf der Gegenstände quaestionis und die angegebene Valuta=Berichtigung nicht Statt

gefunden hätten: — daß es Abcitanten nachzulassen, den Beweis, daß der in der producirten Acte erwähnte Kauf- und Verkaufcontract oder eventualiler in wie weit simulirt sey, zu führen."

Ober-Gericht. Cur. bon. Koock c. Bernhardt, 10. November 1845. "Da es bei der Deckung eines Gläubigers nicht genügt, daß derselbe die schlechten Vermögensumstände des Debitors gekannt, um bei ihm eine die Paulianische Klage begründende mala fides anzunehmen."

Wenn bei diesem, für unsere Hamburgischen Zustände wichtigen Gegenstande hier noch etwas verweilt wird, so kann es nach den ausgezeichneten Abhandlungen von Francke und Laspeyres [1]) nur in dem Wunsche geschehen, die Feststellung von practisch brauchbaren Begriffen zu fördern. — Der einfachste Ausdruck für den Grundgedanken der actio Pauliana ist dieser:

Eine vor dem Concurse vorgenommene Verringerung des schuldnerischen Vermögens kann, vorausgesetzt, daß der Schuldner bei dieser Verringerung überschuldet war oder es durch sie wurde, gegen den Erwerber angefochten werden, sofern Letzterer nicht ein vorher erworbenes Recht auf diesen Erwerb hatte; und zwar unbedingt, so weit er dadurch bereichert worden ist, sonst nur dann, wenn ihm die Existenz jener Voraussetzung bekannt war.

Gewöhnlich werden für eine Durchführung der a. P. so exorbitante Requisite aufgestellt, daß für die Anwendung dieses Rechtsmittels schon in abstracto kaum irgend ein Feld übrig bleibt, von den ohnehin unvermeidlichen processualischen Schwierigkeiten zu geschweigen. Namentlich soll der Schuldner nicht nur seine Insolvenz gekannt haben und sich bewußt gewesen seyn, daß das fragliche Geschäft sein Vermögen noch

---

[1]) Francke über die Zulässigkeit der actio Pauliana bei Zahlungen u. s. w. im Archiv für civil. Praxis Bd. 16. No. 5. Laspeyres über Anfechtung von Zahlungen mit der actio Pauliana, daselbst Bd. 21. No. 2.

verringere, sondern man verlangt, daß er außerdem die bestimmte Intention, seine Gläubiger zu betrügen, die wirkliche Absicht der Uebervortheilung, eine bösliche oder arglistige Absicht gehabt haben müsse. [1]) Eben so soll es nicht genügen, wenn dem Acquirenten der insolvente Zustand seines Autors wohlbekannt war, sondern er muß "conscius et fraudem participans" gewesen seyn, worunter man versteht, daß er in der Seele des Schuldners dessen boshafte und schadenfrohe Absicht gelesen haben müsse. "Auch in seiner Person ist daher Theilnahme am Betruge nöthig, aber in mehr passiver und indirecter Weise." [2]) Als eine Singularität gilt es deshalb, wenn bei dem Schuldner, der seine Schulden kannte und doch sein ganzes Vermögen wegschenkte, die Anfechtung ohne Weiteres zugelassen wird. [3]) So düstere Vorstellungen mögen dem Verdrusse der leer ausgehenden Gläubiger nahe liegen; es widerstreitet aber dem Interesse der Creditoren, dieselben zu Rechtspostulaten zu erheben, weil man sie kaum jemals in Wirklichkeit begründet finden wird. Denn dabei wird ein wahrhaft diabolischer Plan des Schuldners gefordert, der nicht zufrieden mit den Verlüsten, welche den Gläubigern durch den von ihm als nahe erkannten Concurs ohnehin bevorstehen, und in dem Bewußtseyn, daß er selbst keinen Nutzen davon ziehen könne, [4]) sich gleichwohl ihren weiteren Ruin als Zweck bei Ausleerung der Masse vorgesetzt habe. Zu dieser Schändlichkeit sollte der Dritte als Theilnehmer und Complottant behülflich gewesen seyn.

---

[1]) Schweppe System des Concurses § 33. System des Römischen Rechts § 1003. Francke a. a. O. S. 126. 127. Laspeyres a. a. O. S. 37.

[2]) Laspeyres a. a. O. S. 37.

[3]) Francke a. a. O. S. 129.

[4]) Schweppe Concurs § 33 erläutert den nachzuweisenden animus fraudandi dahin, daß der Schuldner nicht den Zweck gehabt haben müsse, die empfangene Gegenleistung zu consumiren oder zudringliche Gläubiger zu befriedigen.

"Coincidiren muß der Wille beider Theile, die Gläubiger zu benachtheiligen, wenn auch nicht grade eine Wechselwirkung zwischen den Plänen des Cridars und des Dritten nothwendig ist; in der Person des Dritten wird mehr mala fides als eigentlicher dolus erfordert, ohne jene aber soll die Arglist des Cridars, wie vollständig auch erwiesen, für sich allein die Klage nicht begründen." [1]) Diese Theorie ist nicht allein schwankend, sondern sie kann auch dem täglichen Bedürfniß unmöglich genügen. Man bedenke nur, daß der Rechtsstreit regelmäßig unter Partheien geführt wird, denen der Schuldner als eine dritte Person fern steht, nämlich zwischen den Güterpflegern und dem auf Herausgabe oder Rescission Verklagten. Die Ersteren als Kläger müßten außer den übrigen factischen Requisiten die nicht zu präsumirende ehemalige böse Absicht des jetzigen Falliten erweisen, theils als directe Bedingung ihres Klagerechts, theils als Dasjenige, worauf sich die gleichfalls zu beweisende Mitwissenschaft des Beklagten bezogen haben soll. Dies ist aber ein reines internum tertii, und da der Schuldner darüber weder als klassischer Zeuge vernommen, noch von seinem Eide die Entscheidung abhängig gemacht werden kann, da er überdies in manchen Fällen gestorben oder entwichen seyn wird, so muß die Klage entweder erfolglos bleiben, oder die Anwendung der Auskunft, daß der dolus aus den Umständen geschlossen werden könne, führt zu der gefährlichsten Willkür.

Die Absicht des Schuldners, oder Desjenigen, der von ihm erworben hat, ist überhaupt eine im Gebiete des Vermögensrechts ganz ungehörige Instanz. Niemand kann verpflichtet seyn, die Intentionen bei seinen Handlungen vom Civilrichter erforschen, oder gar von der Gesinnung eines Dritten das Schicksal seiner Habe bei Streitigkeiten über Mein und Dein abhängen zu lassen. Der finale Zweck, dessen Vorstellung als Beweggrund zu einer Handlung wirkte, ist nur im Strafrecht von Interesse für die Strafausmessung,

---

[1]) Laspeyres a. a. O. S. 38. 39.

wo er als Moment der sittlichen Schuld oder der Intensität des rechtswidrigen Willens in Betracht gezogen werden muß. Der Zweck, welcher in den Geschäften des Verkehrs vorausgesetzt wird, könnte zwar entweder als Vortheil für den Einen (wie gewöhnlich), oder als Schaden für den Anderen erscheinen; die seltenen Fälle aber, wo Jemand die Satisfaction für sich selbst, aus Rachsucht oder blinder Zerstörungswuth, grade in dem dritte Personen treffenden Verluste als solchen aufsucht, können wenigstens zu keinen speciellen Normen über Ersatz von Schaden und über die Gültigkeit oder Ungültigkeit von Rechtsgeschäften führen. Die alltäglichen Zwecke des Ueberschuldeten bei solchen Handlungen, welche eine Schmälerung der Activmasse bewirken, sind entweder die Hoffnung, sich die Mittel zur einstweiligen Hülfe in bedrängter Lage zu verschaffen, oder sich eine Subvention für die Zukunft zu sichern, oder der Wunsch, einzelne besonders lästige oder zu begünstigende Gläubiger gegen Verlust zu schützen u. s. w. Mag auch die Entschuldbarkeit oder das Tadelnswerthe dieser Motive bei der etwaigen Bestrafung des Falliten gebührend abgewogen werden, so wird doch der Schuldner in der Regel bedauern, daß sich seine Pläne nicht ohne den Schaden des Gläubigercorps verfolgen lassen, und können solche Distinctionen keinen Falles die Brücke bilden, welche zu einer lediglich privatrechtlichen Rescission von formell gültigen Geschäften leitet. Wir bestreiten nicht, daß der Römische Prätor in der fraus creditorum nicht nur das objective Moment einer Benachtheiligung der Gläubiger, sondern zugleich das subjective einer unter solchen Umständen zu mißbilligenden Handlungsweise des Schuldners hervorgehoben hat; da aber das Edict, seiner logischen Form nach, nicht einzelne solcher Handlungen bezeichnet, sondern sie sämmtlich durch ihren gemeinsamen Erfolg (den Nachtheil der Gläubiger) umfaßt, [1]) so könnte nur das in Frage kommen, ob die

[1]) L. 1. § 2. D. quae in fraud. cred. (42, 8). "Ait Praetor: quae fraudationis causa gesta erunt. Haec verba generalia sunt,

Klage auf Rescission schon bei einer nur culposen Herbeiführung jenes Erfolges, in den beiden Kategorieen des Handelns ohne an die Folgen zu denken, und des Handelns, weil man die Folgen zwar für möglich, aber nicht für nothwendig hält, gestattet werden solle? Daß dagegen der dolus hier, wie überhaupt in der Sphäre des Privatrechts, schon in dem Bewußtseyn von den rechtswidrigen Folgen einer Handlung, und in der Gleichgültigkeit gegen diesen Causalzusammenhang besteht, würde ein Römischer Jurist schwerlich bezweifelt haben, da es schon dem natürlichen Verstande einleuchtet. Ob dabei die gehegte Absicht dem Moralisten und dem Strafrichter löblich, oder in welchem Grade sie tadelnswerth und strafwürdig erscheine, muß hier um deswillen irrelevant bleiben, weil die einmal begründete Rescission eines Rechtsgeschäfts keine weitere Steigerung, wie die Entfernung des Einzelwillens von dem objectiven Recht, und keine Gradationen wie die dem Verschulden adäquate Strafe zuläßt.

Jedes Rechtsgeschäft, durch welches das Vermögen eines Ueberschuldeten verringert wurde, bewirkt im Concurse eine Collision zwischen dem Interesse der Gläubiger und demjenigen des Acquirenten. Der Schutz der Gläubiger, denen das zu ihrer Befriedigung unzureichende Vermögen des Schuldners verhaftet ist, fordert Wiederaufhebung der von ihm ausgegangenen, für sie nachtheiligen Verfügung; da aber die Dispositionsfähigkeit des Schuldners noch nicht sistirt war, das Interesse des Acquirenten zur Aufrechthaltung der getroffenen an sich gültigen Verfügung also ein gleichfalls legales ist, so kann die Frage nur dahin lauten: weshalb und wie weit ausnahmsweise ein solcher Erwerb von den Creditoren revocirt werden dürfe? Im Römischen Recht finden wir

---

et continent in se omnem omnino in fraudem factam vel alienationem vel quemcunque contractum. Quodcunque igitur fraudis causa factum est, videtur his verbis revocari, qualecunque fuerit, nam late ista verba patent."

zwei Momente hervorgehoben, die in jener Collision den Ausschlag zu Gunsten der Gläubiger geben sollen:

Zunächst, und abgesehen von specielleren Voraussetzungen, die positive Bereicherung des Acquirenten durch das zu rescindirende Rechtsgeschäft. So weit eine solche Bereicherung Statt gefunden hat, ist nichts weiter, namentlich keine Kenntniß des Erwerbers von dem überschuldeten Zustande seines Autors erforderlich; "nec videtur injuria affici is qui ignoravit, cum lucrum extorquealur, non damnum infligatur." [1]) Eine Bereicherung wird aber z. B. nicht darin gefunden, wenn durch schenkungsweise Acceptilation einer Schuld der Bürge für dieselbe gleichfalls liberirt wurde, weil dieser keinen wirklichen Gewinn macht, sondern nur keinen Verlust leidet. [2]) Außer eigentlichen Schenkungen wird hier jeder Besitz aus lucrativem Titel genannt, [3]) und ohne Rücksicht auf den Rechtsgrund des Erwerbes, in Fällen, wo eine weitergehende Anfechtung durch besondere Verhältnisse ausgeschlossen bleibt, das noch vorhandene lucrum des Erwerbes den Gläubigern zugesprochen. [4])

Der zweite die Rescission begründende Umstand ist die Kenntniß des Acquirenten von dem den Gläubigern des Veräußerers durch das Rechtsgeschäft erwachsenden Verluste. Freilich vermag das jus strictum keine ursprüngliche Pflicht der Rücksicht zu construiren, welche ich in erlaubtem Verkehr mit meinem Contrahenten auf das etwaige Interesse dritter, mir fremder und vielleicht ganz unbekannter Personen zu nehmen hätte. Wenn aber aus Gründen der höheren Billig-

---

[1]) L. 6. § 11. D. h. t. (42, 8).

[2]) "Quoniam magis detrimentum non patitur quam lucrum faciat." L. 25. pr. D. h. t.

[3]) L. 5. C. de revocand. his quae (7, 75).

[4]) L. 6. § 10—12. L. 10. § 5. 24. D. h. t. Der Zusammenhang dieser Stellen dürfte die Auffassung Francke's (a. a. O. S. 128) widerlegen, wonach eine Ausnahme von der die Wissenschaft des Beklagten erfordernden Regel nur bei wahren Schenkungen statuirt werden soll.

keit der Gedanke überwiegt, daß ein ohnehin für die darauf angewiesenen Gläubiger unzureichendes Vermögen von seinem Disponenten nicht willkürlich noch weiter geschmälert werden solle, so ist dann die Kenntniß dieser positiven Beschränkung des Rechtsschutzes für formell gültige Acte und die Kenntniß der concreten Verhältnisse wenigstens genügend, um Jeden, der sich mit dem Schuldner einlassen mögte, durch den Rücktritt von diesem Vorhaben vor materiellem Schaden zu bewahren. — Eine dergestalt fundirte Klage ist nicht auf den Verlust durch Liberalitäten des Schuldners beschränkt, sondern umfaßt jedes von ihm eingegangene Rechtsgeschäft; auch revocirt sie nicht blos die noch vorhandene Bereicherung des Beklagten, sondern den ganzen von ihm gemachten Erwerb cum omni causa. In dieser Beziehung ist ein bemerkenswerther Gegensatz zwischen der actio Pauliana und den Veräußerungen Freigelassener in fraudem des patronatischen Erbrechts; weil in letzterem Fall nur der dolus des libertus, nicht derjenige des von ihm Erwerbenden in Frage kommt, so steht es bei zweiseitigen Verträgen in der Wahl des Acquirenten, ob er zum Zweck der Aufrechthaltung des Geschäfts die Gegenleistung angemessen erhöhen, oder dieselbe als Bedingung der Rescindirung zurückempfangen will. [1]) Dagegen geht zwar die a. P. gleichfalls von dem Principe aus, daß in Folge der Anfechtung Alles in den früheren Stand zurückgebracht werden soll; dies wird aber nur einseitig zu Gunsten der Gläubiger dahin angewandt, daß der veräußerte Gegenstand nebst den percipirten und den dem Schuldner entgangenen Früchten restituirt werden muß. [2]) Der Beklagte seinerseits hat nur einen Billigkeitsanspruch darauf, daß die Gläubiger sich nicht mit seinem Schaden positiv bereichern; ihm werden die impensae necessariae ersetzt, und die von ihm verausgabte Gegenleistung nur so weit sie noch in der Masse

---

[1]) L. 1. § 12—16. D. si quid in fraud. patr. (38, 5) "maxime cum de dolo ejus non disputetur, sed de dolo liberti."

[2]) L. 10. § 19—22. D. h. t. (42, 8).

vorhanden ist, sonst hat er dafür nicht einmal einen Anspruch auf die Dividende im Concurse.[1])

Wie ist nun die hierbei vorausgesetzte Kenntniß des Acquirenten näher zu präcisiren? Einige Unklarheit hierüber konnte dadurch entstehen, daß der Römische Prätor bei der Redaction seines Edictes die wissentliche Benachtheiligung, welche auch der Schuldner seinen Gläubigern zufügt, urgirte, und eine Kenntniß dieser fraus von Seiten des Beklagten zu fordern schien.[2]) Hierdurch ist die Ansicht veranlaßt, daß, da die Handlung des Schuldners, durch sein Bewußtseyn, die Gläubiger zu benachtheiligen, zu einer fraudulösen wird, der Dritte um dieses Bewußtseyn des Schuldners als um eine Thatsache gleichfalls wissen müsse, und daß nur nicht, wie bei einem wechselseitigen Complott, die Kenntniß von dieser Mitwissenschaft des Erwerbers, also gleichsam das zweifach reflectirte Wissen, wieder bei dem Schuldner vorhanden zu seyn brauche. Dieses scheint die Meinung der "mehr passiven und indirecten Weise" zu seyn, in welcher die Theilnahme am Betruge in der Person des Dritten vorhanden seyn soll. Blicken wir jedoch von der Methode der Römischen Juristen bei Explicirung der uns nur fragmentarisch erhaltenen Edictsstellen auf die Resultate, zu denen sie auf diesem Wege gelangten, so stellen wir voran den Satz: daß Jemand, der von einem Andern zu kaufen im Begriff steht, aber von dessen Gläubigern die förmliche Warnung, sich nicht mit ihm einzulassen, erhält, der Anfechtung seines Erwerbes unterliegen soll; "non enim caret fraude" obschon er "particeps quidem fraudis (des Schuldners) non fuit."[3]) Eine Theilnahme an dem fraudulösen Verfahren

---

[1]) L. 7. 8. L. 10. § 20. D. h. t.

[2]) "Quae fraudationis causa gesta erunt cum eo qui fraudem non ignoravit." L. 1. pr. D. h. t. "Quae Lucius Titius sciente te ... fecit, ea illis ... restituas." L. 10. pr. D. eod.

[3]) L. 10. § 3. D. h. t. "Si quis quidem particeps fraudis non fuit, verumtamen vendente debitore testato conventus est a

des Schuldners durch Kenntniß von seiner Wissenschaft ist also keine wesentliche Bedingung der Klage, nur muß natürlich hier, wie überhaupt, fraus eventum habuisse, d. h. der Concurs wirklich erfolgen. Das Object der nothwendigen Kenntniß des Beklagten bildet vielmehr der den Gläubigern aus den von ihm einzugehenden Geschäften entstehende Nachtheil, und dies läßt sich wieder in die beiden trennbaren Bestandtheile zerlegen: der Beklagte muß wissen, a) daß sein Veräußerer überschuldet sey, und b) daß das fragliche Geschäft das Vermögen desselben verringere. Keines von beiden genügt ohne das andere, denn auch der Insolvente könnte Rechtsgeschäfte eingehen, die seinem Vermögen nicht nachtheilig sind, und jede Veräußerung kann nur dann angefochten werden, wenn der Alienant entweder bereits insolvent war, oder es gerade durch diese Veräußerung wurde. [1]) Wenn das Geschäft wirklich vortheilhaft für das Vermögen des Insolventen ausfiel, so wird ohnehin die Rescission nicht verlangt werden; das Gleiche muß aber auch gelten, wenn es von dem Dritten, der die Insolvenz kannte, bona fide dafür angesehen wurde, wogegen eine ausdrückliche Protestation der Gläubiger diese seine bona fides zerstört; eben so kann er ohne Gefahr auch ein für seinen Contrahenten nachtheiliges Geschäft eingehen, so lange er nicht weiß, daß derselbe insolvent ist; hat er nur erfahren, daß Jener überhaupt Schulden habe, so braucht er sich deshalb noch nicht darum zu kümmern, ob auch seine Activa die Passiva balanciren, so lange nicht etwa die Gläubiger selbst ihm diese Insufficienz zur Kunde bringen. Dieses ist der einfache Sinn der L. 10. § 2. 4. D. h. t. [2]) Andererseits muß folgerichtig in Fällen,

---

creditoribus ne emeret, an in factum actione teneatur si comparaverit? Et magis est ut teneri debeat: non enim caret fraude qui testato conventus perseverat."

[1]) L. 10. D. qui et a quibus manum. (40, 9).

[2]) "Quod ait Praetor *sciente*, sic accipimus, te conscio et fraudem participante; non enim, si simpliciter scio illum creditores

wo auf die Wissenschaft des Beklagten gar nicht, sondern nur auf seine Bereicherung gesehen wird, das allgemeine Bewußtseyn des Veräußernden, daß er Schulden habe, dann zur Begründung der Klage genügen, wenn er gar nicht zweifeln konnte, daß die Veräußerung ihn insolvent machen müsse, sofern er es nicht schon gewesen war, also namentlich wenn er sein ganzes Vermögen wegschenkte. [1]) Wenn nun im Uebrigen von einer Mitwissenschaft oder Theilnahme des Beklagten an der fraus des Schuldners die Rede ist, so kommt es darauf an, wie weit diese Auffassung und die hier versuchte sich im Resultate decken; und da es an sich gleich gelten muß, ob die Kenntniß als eine Wissenschaft oder als Mitwissenschaft erscheint, so fragt sich, ob das relevante Wissen des Beklagten auch ohne das Mitwissen des Schuldners bestehen könne, indem nur insoweit, als dies der Fall wäre, das Bedenken einer wirklichen Erweiterung des gesetzlichen Gebietes der a. P. erhoben werden dürfte. Was hier die Thatsache der Ueberschuldung betrifft, so ist zwar nicht leicht glaublich, daß diese, wenn sie dem Beklagten bekannt geworden ist, dem Schuldner selbst verborgen geblieben seyn sollte, der die Totalität seines eigenen Vermögenszustandes mindestens so gut als jeder Dritte überblicken wird; überdies ist aber in der obigen L. 10. § 3 bestimmt vorgeschrieben, daß, wenn der Dritte auch über die

---

habere, hoc sufficit ad contendendum teneri eum in factum actione, sed si particeps fraudis est. ... Alias autem, qui scit aliquem creditores habere, si cum eo contrahat simpliciter sine fraudis conscientia, non videtur hac actione teneri." Das "creditores habere" bedeutet nur Schulden haben, wobei die Frage der Insolvenz dahin gestellt bleibt. Die letztere wird mit den Worten "sciens prudensque solvendo non esse," L. 6. § 7, oder "et sciret se solvendo non esse," L. 15 h. t. bezeichnet.

[1]) L. 17. § 1. D. h. t. Hier wird nicht, wie Francke a. a. O. S. 129 sagt, "die bösliche Absicht des Schenkers präsumirt," sondern nur anerkannt, wie Jeder sich bewußt seyn müsse, daß er, wenn er alles Seinige weggibt, für seine Gläubiger eben so wenig etwas übrig behält, als für sich selbst.

Umstände seines Contrahenten überall nichts durch diesen erfahren, sondern lediglich von dessen vielleicht ängstlichen Gläubigern eine Warnung erhalten hat, er dieselbe auf seine Gefahr unbeachtet läßt, also sich gegen die spätere Anfechtung nicht darauf berufen darf, daß er den Schuldner noch für solvent gehalten habe, weil etwa dieser sich selbst irrthümlich dafür hielt. Somit bleibt nur der zweite Punkt: kann der mit der a. P. zu Belangende das fragliche Geschäft als nachtheilig für das Vermögen des Insolventen erkannt haben, während dieser darüber anderer Meinung war, und kann er sich auf diese Differenz zu seinen Gunsten berufen? Die Möglichkeit, den ersten Theil dieser Frage unter Umständen zu bejahen, kann nicht bestritten werden; ist es doch nicht ungewöhnlich, daß ein bedrängter Schuldner nachtheilige Geschäfte abschließt, bei denen er entweder die Hoffnung hegt, sich durch den erzielten Zeitgewinn noch wieder heraushelfen zu können, oder ohne sich um die effective Verringerung seines Vermögens weiter zu kümmern. Wenn aber er selbst in solchen Fällen keineswegs befugt seyn würde, das wissentlich Abgeschlossene hinterher zu revociren, so müßte doch dem Contrahenten, der sich gegen die Concursgläubiger mit diesem Einwande aus der Person des Schuldners schützen wollte, die replica doli mit bestem Erfolge obstiren, denn dies grade ist die Bedeutung des auch in der Doctrin anerkannten Satzes, daß die den Gläubigern kraft ihres eigenen Rechtes zustehende Anfechtung solchen Beschränkungen nicht unterliegt, die nur gegen den Schuldner, und gegen Diejenigen, die von ihm ihr Recht herleiten, geltend zu machen wären.

Wir halten als das Ergebniß dieser Analyse den oben (S. 496) aufgestellten Satz für gerechtfertigt, daß, mit Abstraction von den dem Criminalrecht wesentlichen Kategorieen der Complicität und der auf die nothwendigen Erfolge einer Handlung gerichteten Absichtlichkeit, schon gemeinrechtlich die Paulianische Klage gegen jeden Erwerber begründet sey, welcher wußte, daß der Veräußerer überschuldet, und daß das

jetzt angefochtene Geschäft dessen Vermögen verringere. In streitigen Fällen kann der Beweis dieser Wissenschaft, sofern dieselbe nicht schon aus den Umständen vollständig erhellt, durch alle zulässigen Beweismittel, namentlich auch durch Eideszuschiebung an den Beklagten, ohne Schwierigkeit erbracht werden. Weiter geht allerdings die Preußische Gerichtsordnung, welche zur Rescindirung eines onerosen Vertrages nichts weiter als die Kenntniß des Dritten von der Ueberschuldung seines Contrahenten verlangt. [1]) Dagegen weicht die Bremische Verordnung für Debit- und Nachlaßsachen vom 5. Juni 1843 darin von unserer Ansicht ab, daß sie die Kenntniß von der Insolvenz und davon, daß den Gläubigern aus dem Geschäfte Nachtheil erwachsen werde, nicht nur bei dem Beklagten, sondern gleichfalls bei dem Falliten als wesentlich voraussetzt, [2]) wofür uns legislative Gründe zu fehlen scheinen.

---

[1]) Preuß. allgem. Gerichtsordnung Th. I. tit. 50. § 53. "Hat der Gemeinschuldner etwas an einen Dritten auf den Grund eines lästigen Vertrages weggegeben oder veräußert, so ist ein Unterschied zu machen: ob dem Dritten, mit welchem er contrahirt hat, das Zahlungsunvermögen des Gemeinschuldners bekannt gewesen sey oder nicht." § 54. "Ist die Insolvenz des Gemeinschuldners dem fremden Contrahenten unbekannt gewesen, so behält das Geschäft seine Gültigkeit, und die Gläubiger können es nicht anfechten." § 55. "Hat hingegen der fremde Contrahent um die Insolvenz des Gemeinschuldners gewußt, so soll dergleichen Geschäft in Ansehung der Creditoren für ungültig geachtet werden, und sollen daher die Gläubiger von dem Fremden die an ihn gegebenen cedirten oder sonst veräußerten Sachen, neben allen daran in der Zwischenzeit etwa gezogenen Nutzungen, zurückzufordern berechtigt, dagegen aber auch demselben alles Dasjenige zu erstatten schuldig seyn, was aus einem solchen Geschäfte zur Masse geflossen ist, insofern der Nutzen ganz oder zum Theil in der Masse erweislich noch vorhanden wäre."

[2]) Der § 38 der angeführten Verordnung lautet: Verfügungen des Falliten, welche nicht die Befriedigung eines Gläubigers zur Folge haben, sind der Anfechtung in dem Falle unterworfen, wenn sowohl der Fallit, als auch derjenige, mit welchem das Geschäft einge-

Bisher sind unter den Dispositionen des Schuldners nur diejenigen noch speciell ausgezeichnet, welche auf einer von ihm geübten Liberalität beruhen, weil diese unbedingt der Rescission unterliegen, so weit der Empfänger sich dadurch bereichert findet. Den größten Gegensatz zur Liberalität bildet die Erfüllung einer Zwangspflicht, und von positiver Bereicherung kann dort keine Rede seyn, wo ich nur dasjenige in Empfang nehme, worauf ein Rechtsanspruch schon bisher zu meinem Vermögen gehörte. Für die Frage also, ob und wie weit die Befriedigung einzelner Gläubiger durch den Schuldner von seiner Creditorschaft angefochten werden dürfe, scheint so viel gewiß, daß die von Schenkungen geltenden Grundsätze darauf keine Anwendung leiden. Dennoch stehen sich beide in dem unbedingten Nachtheil für die anderen Creditoren gleich, sofern der befriedigte Gläubiger mehr erhält, als er ohnedies im Concurse erhalten konnte, während bei den meisten der sonstigen Rechtsgeschäfte die Gegenleistung für den veräußerten Gegenstand ein, wenn auch nicht immer genügendes, Aequivalent bildet; und eine Gesetzgebung, welche den Plan, jedes überschuldete Vermögen nach den von ihr bestimmten Normen zu vertheilen, mit voller Consequenz verfolgte, könnte mindestens nicht umhin, diesen, überdies häufigsten Fall nach den für onerose Rechtsgeschäfte aufgestellten Regeln zu entscheiden. [1]) Zwar ist es eine beinahe seltsame Vorstellung, daß der Schuldner, indem er den einen Gläubiger, sey es der am meisten lästige oder eine Ehrenschuld, befriedigt, dabei den Zweck oder die Absicht haben müsse, die übrigen Creditoren zu benachtheiligen, und daß auch der Gläubiger im Hintergrunde noch etwas Anderes als seine

---

gangen ist, zur Zeit der Eingehung von der Insolvenz, so wie von dem Umstande, daß den Gläubigern aus jenem Geschäfte Nachtheil erwachsen werde, Wissenschaft gehabt haben."

[1]) So sagt namentlich das französische Recht: "Tous actes *ou paiemens* faits en fraude des créanciers sont nuls." Code de commerce art. 447.

Befriedigung oder Sicherung im Auge haben möge. Aber wenn man diesen civilrechtlich irrelevanten casus vix dabilis dahin gestellt seyn läßt, so können beide Theile, Schuldner und Gläubiger, niemals darüber zweifelhaft seyn, daß eine solche Begünstigung mit arithmetischer Nothwendigkeit jeder insolventen Masse zum positiven Nachtheil gereicht. Auch dürfte wenigstens bei jeder durch Mahnung oder Execution bewirkten Zahlung der befriedigte Gläubiger nicht leicht beeidigen können, daß er den Schuldner für ganz solvent gehalten habe; denn wie der letztere meist unaufgefordert und ohne Executionszwang zahlt, so lange es ihm wohl geht, so ist auch nicht die Annahme bösen Willens, sondern der Verdacht der Unsicherheit des Debitors das häufigere Motiv für die ungesäumte Beitreibung von ausstehenden Forderungen. [1])

Was hier den Ausschlag geben kann, ist lediglich die Unterscheidung der Rechtsgeschäfte hinsichtlich des ihnen zu gewährenden Schutzes, wenn die Bedingung formeller Gültigkeit zwar erfüllt ist, aber in Collision mit der Erwägung tritt, daß der Aufschub der formellen Insolvenz bei schon materiell vorhandener Ueberschuldung als zufällig behandelt, also in seinen Folgen möglichst unschädlich gemacht werden müsse. Wenn der dem Dritten zuwachsende Vortheil keine Folge gesunden Verkehres in Handel und Wandel, sondern nur das Product eines seiner Natur nach für ihn lucrativen Geschäftes ist, so läuft der Acquirent billig das Risico, dieses lucrum, sofern es ihm von einem Insolventen zugedacht war, sich wieder entzogen zu sehen. Hieran schließt sich die Entscheidung über das mit einem Pupillen geschlossene Geschäft, welches revocirt werden dürfte, wenn er die bei einem Erwachsenen erforderliche Kenntniß hätte haben können; der zufällige Umstand, daß gerade mit einem Unmündigen contra-

---

[1]) Hierauf bezieht sich die von Scävola in L. 24. D. h. t. als möglich angedeutete, aber von ihm verworfene Ansicht: "An distinguendum est, is obtulerit mihi, an ego illi extorserim invito, et si extorserim invito revocetur, si non extorserim non revocetur? Sed etc."

hirt war, die "ignorantia quae per aetatem contingit" soll, so weit er lucrirt hat, dem Interesse der Gläubiger an Durchsetzung der Rescission nicht im Wege stehen. — Bei den gewöhnlichen Verträgen wird durch das Requisit, daß der Dritte die relevanten Umstände (Ueberschuldung und Nachtheil für die Gläubiger) gekannt haben müsse, jeder Unsicherheit des Verkehrs vorgebeugt, zugleich aber das Bedenken unbilliger Beschränkung der Freiheit vermieden, indem nur von Jedem, der die Lage des Schuldners kennt, gefordert wird, daß er die Gelegenheit, gerade mit diesem dermalen ein vortheilhaftes Geschäft zu machen, abweise, wodurch es in seiner eigenen Willkür steht, sich vor Schaden oder vor vergeblichen Speculationen zu hüten. [1]) — Anders ist dies, wenn der Dritte durch Vornahme des Rechtsgeschäftes nicht seiner freien Willkür folgt, sondern eine ihm obliegende Pflicht erfüllt: Da nämlich der Ueberschuldete vor Eintritt des Concurses noch befugt und legitimirt ist, Ausstände einzutreiben und gegen ihm Verpflichtete die Rechtshülfe anzurufen, so wäre es widersprechend, wenn ich ihm nicht freiwillig dasjenige leisten dürfte, wozu ich im Fall der Weigerung voraussichtlich von Rechtswegen angehalten werden würde. [2]) — Wenn aber umgekehrt ein die Befriedigung oder Sicherstellung einzelner Gläubiger bewirkendes Rechtsgeschäft in Frage steht, so paßt der Gesichtspunkt müheloser Bereicherung eben so wenig, wie die Warnung, sich nicht gerade mit Jemand,

---

[1]) "Totum enim hoc edictum ad contractus pertinere in quibus se Praetor non interponit, ut puta pignora venditionesque." L. 6. § 6. D. h. t.

[2]) L. 6. § 6 cit. "Apud Labeonem scriptum est, eum qui suum recipiat nullam videri fraudem facere, h. e. eum qui quod sibi debetur receperat: eum enim, quem Praetor invitum solvere cogat, impune non solvere iniquum esse." Daß hier von Zahlungen an den insolventen Schuldner, nicht von einer durch ihn einem Gläubiger geleisteten, wie man gewöhnlich annahm, die Rede sey, hat Laspeyres a. a. O. S. 58 folg. dargethan. Ihm folgt auch Vangerow Pandecten Bd. 3. S. 611.

von dem man weiß, daß sein ganzes Vermögen den Gläubigern gehört, in Gewinn versprechende Geschäfte einzulassen. Was hier das Römische Recht betrifft, so ist in mehreren Stellen klar genug ausgesprochen, daß ein Gläubiger, der vor Eröffnung des Concurses für seine Bezahlung sorgt, wenn ihm auch die Insolvenz des Schuldners bekannt war, gegen jede Anfechtung geschützt seyn soll. [1]) Wenn die bezahlte Schuld noch nicht fällig war, so kann mit der a. P. nach der Ansicht, welche wir für die richtige halten, nur das Interusurium gefordert werden. [2]) Eine Pfandbestellung für eine frühere Schuld soll dagegen der a. P. unterliegen, [3])

---

[1]) L. 129. D. de R. J. (50, 17), "Nihil dolo facit creditor qui suum recipit." — L. 6. § 7. D. h. t. "Sciendum, Julianum scribere eoque jure nos uti, ut qui debitam pecuniam recepit antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc Edictum; sibi enim vigilavit." L. 24 eod. "Quid ergo, si quum in eo essent ut bona debitoris mei venirent, solverit mihi pecuniam, an actione revocari ea possit a me? ... Sed vigilavi, meliorem meam conditionem feci, jus civile vigilantibus scriptum est, ideo quoque non revocatur id quod percepi." L. 10. § 16 eod. Vergl. über diese und über scheinbar abweichende Stellen besonders Vangerow Pandecten Bd. 3. S. 610—615.

[2]) L. 10. § 12. D. h. t. "Si quum in diem mihi deberetur, fraudator praesens solverit, dicendum erit in eo quod sensi commodum in repraesentatione in factum actioni locum fore; nam Praetor fraudem intelligit etiam in tempore fieri." L. 17. § 2 eod. "Si vir uxori, cum creditores suos fraudare vellet, soluto matrimorio praesentem dotem reddidisset quam statuto tempore reddere debuit: hac actione mulier tantum praestabit quanti creditorum intererat dotem suo tempore reddi; nam Praetor fraudem etiam in tempore fieri intelligit." Vergl. Vangerow S. 615. 616. A. M. sind Francke und Laspeyres a. a. O., welche hieraus folgern, daß unter Umständen die ganze Zahlung rescindirt werden könne.

[3]) L. 10. § 13. D. h. t. "Si cui solutum quidem non fuerit, sed in vetus creditum pignus acceperit, hac actione tenebitur, ut est saepissime constitutum." L. 22 eod. "Cum in vetus creditum unus creditor pignora accepisset, quaero an in fraudem

und dieser wird der gesetzlich nicht entschiedene Fall einer Befriedigung durch datio in solutum von den neuesten Schriftstellern gleichgestellt. [1])

Von neueren Particulargesetzen interessirt uns insbesondere die schon erwähnte "Verordnung für Debit- und Nachlaßsachen der freien Hansestadt Bremen" vom 5. Juni 1843, welche bei legislativen Erwägungen dieses Gegenstandes specielle Beachtung verdient und finden wird. Obgleich ersichtlich im Anschluß an das Römische Recht nach den Darstellungen von Francke und Laspeyres verfaßt, hat sie doch zunächst das Verdienst, sich von dem unbrauchbaren Postulat einer nachzuweisenden Absicht des Falliten und einer Theilnahme des Dritten an dieser Absicht emancipirt zu haben, an deren Stelle immer nur von dem Bewußtseyn der Insolvenz und des den Gläubigern erwachsenden Nachtheils die Rede ist. [2]) Zugleich ist die in der Theorie und Praxis gleich unhaltbare sogenannte Gratificationstheorie ausdrücklich abgewiesen. [3]) Aus dem Römischen Recht, so weit es unbestritten ist, sind ferner die Bestimmungen aufgenommen, daß bei Liberalitäten des Falliten nur sein Bewußtseyn, nicht auch das Mitwissen des Empfängers erfordert wird, [4]) daß der Umfang des Er-

caeterorum creditorum factum nullius momenti esset? Resp. creditorem non idcirco prohibendum a persecutione pignorum, quod in vetus creditum ut obligaretur pactus esset, nisi id in fraudem ceterorum creditorum factum sit, et ea via juris occurratur qua creditorum fraudes rescindi solent."

[1]) Francke a. a. O. S. 252 folg. Laspeyres S. 71. Vangerow S. 617. A. M. war Schweppe Concurs. Ed. 3. § 82.

[2]) Vergl. daselbst § 31. 34. 35. 38. 39. 40. 41.

[3]) § 37. "Dagegen kann durch den Umstand allein, daß der Gläubiger, welcher Befriedigung oder ein Pfandrecht erlangt hat, dadurch vor anderen eben so wachsamen oder noch wachsameren Gläubigern begünstigt worden, die Klage nicht begründet werden."

[4]) § 39. "Insoweit aber einem solchen Geschäfte eine Freigebigkeit des Falliten zum Grunde liegt, oder dasselbe in einer bloß einseitigen Verfügung des Falliten besteht, ist seine Wissenschaft allein dazu genügend. Bei einer Schenkung des ganzen Vermögens be-

folges der Klage von der Kenntniß oder Unkenntniß des Beklagten abhängt, [1]) und daß bei onerosen Geschäften die Gegenleistung nur als Bereicherung der Masse restituirt wird. [2]) Im Uebrigen wird zwischen fälligen und nicht fälligen Forderungen, ferner zwischen Befriedigung und Sicherstellung derselben unterschieden, endlich auch zwischen Befriedigung durch Leistung des schuldigen Gegenstandes (Zahlung) oder eines anderen als des dem Gläubiger gebührenden, (datio in solutum, Deckung,) und diese Glieder werden zu folgenden Vorschriften combinirt:

I. Die Befriedigung 1) einer schon fälligen oder doch noch vor Anfang des Concurses fällig werdenden Forderung ist a) gültig, wenn sie durch Zahlung geschieht, dagegen b) mittelst Deckung geschehen, anfechtbar, wenn sowohl der Fallit als der Gläubiger die Insolvenz des Ersteren und den den Creditoren daraus erwachsenden Nachtheil kannten. [3]) 2) Die Befriedigung einer nicht fälligen Forderung ist

---

darf es selbst dieser Wissenschaft nicht." (Richtiger: bei einer Schenkung des ganzen Vermögens versteht sich diese Wissenschaft bei Jedem, der nur überhaupt weiß, daß er Schulden hat, von selbst. Dies ist freilich ein doctrinärer Satz, der in kein Gesetz gehört.)

[1]) § 44. "Derjenige, gegen welchen mit der Klage durchgedrungen wird, muß das vermöge des angefochtenen Geschäfts Empfangene zurückgeben, oder, sofern er dieses nicht vermag, dessen Werth, so weit er ihm zu Gute gekommen ist, erstatten." § 45. "Wird ihm aber seine Mitwissenschaft nachgewiesen, so muß er außerdem der Masse vollen Schadensersatz leisten."

[2]) § 46. "Seine Gegenleistung kann er nur so weit zurück verlangen, als sonst die Masse sich mit seinem Schaden bereichern würde."

[3]) § 34. "Hat die Verfügung die Befriedigung eines Gläubigers, dessen Forderung schon vor dem Eintritt des Debitverfahrens fällig geworden seyn würde, zur Folge, so ist die Klage nur dann zulässig, falls die Befriedigung durch Leistung eines andern als des dem Gläubiger gebührenden Gegenstandes, wenn auch vermittelst eines anderweitigen Rechtsgeschäfts geschehen ist, und zugleich nicht nur das erwähnte Bewußtseyn des Falliten, sondern auch in Ansehung des Gläubigers eine Mitwissenschaft sich ergiebt."

immer schon dann ungültig, wenn der Fallit selbst in dolo war, ohne das es eines Mitwissens des Gläubigers bedarf, und ohne Unterschied, ob sie mittelst Zahlung oder Deckung erfolgte. [1])

II. Die Sicherung durch Pfandbestellung ist 1) für eine fällige Schuld ungültig, wenn bei dem Falliten dolus und bei dem Gläubiger Mitwissen Statt findet. 2) Für eine nicht fällige Schuld ist sie schon dann ungültig, wenn nur der Fallit allein dabei in dolo war. [2])

Hier mögte man mit unseren Hamburgischen Gesetzgebern in der That von einem "Labyrinthe" reden, aus welchem sich die Betheiligten, d. h. der demnächstige Fallit und wer an ihn zu fordern hat, um so schwerer zurechtfinden müßten, wenn es wirklich viele Falliten gäbe, die von ihrer eigenen Insolvenz keine Ahnung haben, oder Gläubiger, die zwar wissen, daß der Concurs unvermeidlich ist, aber nicht begreifen können, daß für die anderen Creditoren um so weniger nachbleibt, je vollständiger für ihre eigene vorherige Befriedigung gesorgt worden ist.

---

[1]) § 31. "Hat die Verfügung des Falliten die Befriedigung eines Gläubigers, dessen Forderung nicht vor dem Eintritt des Debitverfahrens fällig geworden seyn würde, zur Folge, so findet die Klage Statt, wenn der Fallit sich sowohl seiner Insolvenz als auch des Umstandes, daß seinen Gläubigern aus seiner Handlung Nachtheil erwachsen werde, bewußt gewesen ist." § 32. "Es macht dabei keinen Unterschied, ob die Befriedigung durch Leistung des schuldigen Gegenstandes oder eines andern geschehe, oder ob sie in dem einen, wie in dem andern Falle erst die Folge eines mit dem Gläubiger eingegangenen anderweitigen Rechtsgeschäfts gewesen ist." § 33. "Die Klage zieht die Ungültigkeit der Verfügung des Falliten nach sich, und ist nicht auf das Interusurium beschränkt."

[2]) § 35. "Besteht die Verfügung in einer Pfandbestellung für eine schon vorhandene Schuld, so kann sie als ungültig angefochten werden, wenn der Fallit jenes Bewußtseyn gehabt hat, und entweder auch eine Mitwissenschaft des Gläubigers erhellt, oder die Schuld, wofür die Pfandbestellung geschah, erst nach eingetretenem Debitverfahren fällig geworden seyn würde."

Für den nicht exegetischen, sondern den voraussetzungslosen Standpunkt der Kritik stehen diese vermittelnden Distinctionen zwischen Befriedigung und Sicherung, zwischen fälligen und betagten Forderungen, und zwischen Zahlung und Deckung auf ungemein schwachen Füßen. Wenn nämlich die mit dem Schuldner eingegangenen Verträge sich von der Erfüllung von Verbindlichkeiten an ihn dadurch unterscheiden, daß nur in diesem Fall Praetor se interponit, d. h. einer Zwangspflicht genügt wird, nicht auch in jenem, so schlägt dieses Moment der Freiwilligkeit bei dem Gläubiger in dasjenige der Geltendmachung eines bereits vorhandenen Rechtes, in die Sorge für ein an sich legales Interesse um. Dieser Gegensatz zu dem Willkürlichen, was unbedenklich inhibirt wird, weil es ohne Schaden unterlassen werden kann, findet aber bei jeder schon bestehenden Forderung Statt, die ihrer Natur gemäß nach Befriedigung strebt und, wenn sie auf dem einfachsten Wege Hemmungen findet, auch jeden anderen nur unvollständig und indirect zum Ziele führenden einschlägt. Der Vergleich einer datio in solutum mit dem Kaufvertrage [1]) ist nur so weit zutreffend, als es für zufällig gelten kann, daß der Kaufpreis bei ihr durch Compensation mit einer Schuld berichtigt wird; sie muß aber der Natur der Zahlung folgen, wenn sie für den Käufer unter obwaltenden Umständen als das einzige Surrogat der letzteren dient, um ihn vor einem sonst unvermeidlichen Verluste zu schützen. Wird daher dem Gläubiger zwar gestattet, durch Baarzahlung, nicht aber durch Deckung, Cession von Ausständen rc. sich befriedigen zu lassen, so ist es unmöglich, diese Unterscheidung als eine rationelle zu vertheidigen, da jene verschiedenen Formen in dem hier wesentlichen Punkte sich gleichstehen, und es als ein für die collidirenden Interessen des einzelnen und aller übrigen Gläubiger völlig gleichgültiger Umstand erscheint, ob das insolvente Vermögen dermalen mehr in Kasse, in Bankgeld, in Ausständen oder Effecten besteht,

[1]) L. 15. D. Quibus ex causis in poss. (42, 4).

zumal da gerade diejenigen Bestandtheile, welche hiernach wegen ihrer Aggregatform reservirt werden sollen (Waaren, Schuldforderungen u. a.), sofort mit Eintritt des Concurses in die Klasse derjenigen verwandelt werden müssen, auf deren Anspruch man den einzelnen Gläubiger beschränken will, d. h. in baares Geld. — Eben so unhaltbar scheint der Ausschluß der Sicherung, namentlich durch Pfandbestellung, für eine Forderung, deren wirkliche Befriedigung aus vermeintlich inneren Gründen zugelassen wird. Denn die Sicherheitsbestellung kommt für den Vortheil des Gläubigers wie für den Verlust der Masse nur als ein theilweiser Ersatz der aus zufälligen Umständen nicht mehr erreichbaren Zahlung in Betracht, und man muß den Beweis schuldig bleiben, daß und weshalb nicht, hier wie sonst, Demjenigen, dem man das größere Recht zugesteht, auch das darin enthaltene geringere gestattet seyn solle? Wie die Annahme der freiwillig offerirten Zahlung, pflegt man auch die Bewirkung einer erzwungenen Befriedigung durch Execution dem Gläubiger zu statuiren; die letztere ist aber, weil ein Zwang zur Zahlung im eigentlichen Sinn undenkbar ist, gerade die Bestellung einer Sicherheit durch gerichtliche Pfändung, welche erst durch weitere Proceduren zur reellen Befriedigung führt. Wenn statt dessen der Schuldner außergerichtlich ein Pfand anbietet, oder dem darauf gerichteten Verlangen des Gläubigers nachgiebt, so kommt es nicht auf diese Freiwilligkeit in der Form, und eben so wenig darauf an, daß unter anderen Umständen der Gläubiger sich ohne besondere Sicherheit begnügen, oder die sofortige Zahlung vorziehen, oder das ganze Hauptgeschäft wie einen einzugehenden Kauf oder Verkauf unterlassen könnte; vielmehr entscheidet hier die Situation dahin, daß ihm das keineswegs willkürliche Schutzmittel gegen den Verlust einer legitimen Forderung unbedenklich zustehen muß, wenn ihm die Lösung des ganzen Risico durch Annahme der Zahlung freisteht, welche letztere er ja gleichfalls nach Belieben ausschlagen könnte, da sie von einem Insolventen nicht gerade obtrudirt zu werden pflegt. — Endlich ist auch der Inhaber

einer noch nicht fälligen Forderung, wie Vangerow a. a. O. geltend macht, allerdings schon wahrer Gläubiger; sein Recht und das Interesse auf seine Befriedigung oder Sicherung Bedacht zu nehmen, ist vom Verfalltage dann unabhängig, wenn es gewiß ist, daß durch Abwarten desselben die Möglichkeit dazu vereitelt werden würde. Francke's Einwand, daß vor dem Verfalltage noch keine wirksame Klage angestellt werden könne, beruhet schon für das Römische Recht auf irriger Auslegung der L. 6. § 6. cit., und wenn der Concurs gerade mit seinem Eintritt die Fälligkeit aller jetzt noch betagten Forderungen bewirkt, so kann er nicht zugleich rückwärts den Effect haben, zu verhindern, daß durch Uebereinkunft von Schuldner und Gläubiger der dies certus für eine dem letzteren bereits erworbene Forderung unter Abrechnung des Interusurii anticipirt wird.

Die Gesetzgebung darf daher durch solche Subdivisionen nicht füglich die reine und einfache Frage umgehen: ob der Gläubiger, der die Insolvenz des Schuldners kennt, noch für Befriedigung oder Sicherung seines vorher erworbenen Rechts thätig seyn dürfe oder nicht? Die Consequenz fordert, daß entweder mit dem preußischen Recht diese Befugniß uneingeschränkt zugelassen,[1]) oder aber, wie im französischen und würtembergischen Recht, gleichmäßig die Zahlung und die ihr verwandten Rechtsgeschäfte für anfechtbar erklärt werden.[2]) In dieser Alternative scheint die Hamburgische, allen Deckungs-

[1]) Preuß. allgem. Gerichtsordnung Th. 1. tit. 50. § 44. "Einem Gläubiger kann der Schuldner vor entstandenem Concurse Zahlung leisten, Sachen an Zahlungsstatt angeben und abtreten, mehrere Sicherheit verschreiben und eintragen lassen, es mag dem Gläubiger die Insolvenz des Schuldners bekannt gewesen seyn oder nicht."

[2]) Code de commerce art. 447. Würtemb. Gesetz vom 5. September 1839 über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen art. 24. "... Ein Faustpfand, mag es für eine alte oder für eine neue Schuld bestellt seyn, kann von denjenigen Gläubigern angefochten werden, welche ein besseres oder gleiches Recht mit dem neuen Faustpfandgläubiger haben, wenn dieser die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, und dessen Absicht, seine anderen

Geschäften so holde Praxis mit den Theorieen berühmter Civilisten zusammen zu treffen. "Der Gläubiger — sagt Vangerow (a. a. O. S. 610) — der dasjenige annimmt, was er von Rechtswegen zu fordern hat, macht sich durch diese Annahme niemals eines dolus schuldig, obschon er weiß, daß der Schuldner insolvent ist, und es ihm auch wohl bekannt ist, daß er nach ausgebrochenem Concurse nichts oder doch nicht das Ganze erhalten würde, und daß also die übrigen Gläubiger in Folge seiner jetzigen Befriedigung eine Einbuße erleiden müssen; denn verständiger Weise kann Niemandem zugemuthet werden, sich freiwillig einem Verluste zu unterziehen, oder auf die Ausübung eines wohlbegründeten Rechtes zu verzichten, blos um Andere vor einem Verluste zu schützen." Die "verständige Weise," an welche hier appellirt wird, ist nichts Höheres als die Naivität des Egoismus, der sich um eine Vermittelung seines eigenen Interesse mit dem damit collidirenden Interesse aller sonst Betheiligten nicht kümmert, und der allerdings nur durch die umsichtige Kraft eines objectiven Gesetzes gebrochen werden kann. Es fragt sich eben, ob der Creditorschaft eines Falliten von einer durchgebildeten Legislation zugemuthet werden dürfe, sich unfreiwillig einer Vergrößerung ihres Verlustes zu unterziehen, blos um Einzelne in der erlangten Sicherung gegen Verlust zu schützen, die sie nur einer nach ihrem eignen Bewußtseyn zufälligen Verzögerung des Concursanfanges verdanken? "Konnte man aber — fragt Francke (a. a. O. S. 139) — von dem Gläubiger die heroische Enthaltsamkeit verlangen, daß er das ihm vom Schuldner Gebotene zurückweise? Konnte man ihn, der nur annimmt, was er nach allem Recht zu fordern hat, überhaupt einer Widerrechtlichkeit zeihen?" Dieser Weichmuth würde, als Rechtsprätension sanctionirt, jede concurs-

Gläubiger zu vernachtheiligen, gekannt hat. Unter denselben Voraussetzungen kann die Zahlung einer Schuld, so wie das Geben an Zahlungsstatt, oder eine vollzogene Zahlungsanweisung von denjenigen Gläubigern angefochten werden, welche ein besseres oder gleiches Recht mit dem befriedigten Gläubiger haben."

mäßige Behandlung einer insolventen Masse ausschließen, denn der Trieb des einzelnen Gläubigers, Dasjenige zu nehmen, was er nach allem Recht, abgesehen von dem grade hier gesuchten, zu fordern hat, muß nach ausgebrochenem Concurse noch dringender seyn als vorher. Dagegen kann jedoch seine heroische Enthaltsamkeit wesentlich dadurch erleichtert werden, daß der natürlichen Lüsternheit die ihr winkenden Vortheile vom Gesetze im Voraus als unsichere Beute wieder entzogen werden. Unstreitig ist dieses der Standpunkt eines fortgeschrittenen Rechtes, das von dem Einzelnen unter solchen wie unter allen Umständen die Selbstbeschränkung fordert, welche ihm als Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft nach sittlichem Urtheil obliegt, und von welcher er nur so lange dispensirt bleibt, als jeder deshalb nachtheilig Betroffene sich gestehen muß, daß er in gleicher Situation ebenfalls nur seiner Eigensucht, seiner unheroischen Verstandesweise blindlings folgen würde.

Die Rescission der für die Gläubigerschaft nachtheiligen Rechtsgeschäfte kann der Leerheit der Fallitmassen nur unerheblich steuern, wenn sie auf die einzelnen Gläubiger entweder gar nicht, oder nur mit willkürlichen Distinctionen angewendet wird; sie kann aber ihrem Zwecke überhaupt nur unvollständig entsprechen, da sie auf solche Acquirenten beschränkt bleiben muß, denen der insolvente Zustand des Schuldners bekannt gewesen ist. Es frägt sich, ob der Endzweck, nämlich das Zusammenhalten der künftigen Activmasse bis dahin, daß mit dem Concurse wirksamere Anstalten dafür eintreten, etwa auch durch andere der im Anfange dieses Abschnittes genannten Mittel, durch Strafdrohungen, Schadensersatz oder Präventivmaßregeln, gefördert werden könne? Da von der Bestrafung des Schuldners schon früher des Zusammenhanges wegen die Rede war, so bleibt hier nur noch die Wahl unter den beiden zuletzt genannten Kategorieen.

Für den Satz, daß der Gläubiger auch von dem materiell insolventen Schuldner mit Sicherheit Zahlung annehmen dürfe, führt das Römische Recht in mehreren Stellen das Argument an: "Sibi enim vigilavit; jus civile vigilantibus

scriptum est." Soll der Sinn dieser Sentenz gegen jeden Einwand gesichert seyn, so darf er nicht dahin verstanden werden, daß jeder Einzelne nur auf seinen eigenen Vortheil mit Beifall Rechtens erpicht seyn möge, ohne dabei von den Rechten Anderer Notiz zu nehmen, sondern so: daß in den vorhandenen Rechtsanstalten Jeder die Mittel finde, um die Sicherung und Verfolgung seiner Ansprüche gegen die Verkümmerung durch alle Uebrigen zu schützen, daß er mithin nur den Mangel eigener Wachsamkeit anzuklagen habe, wenn er bei dieser Concurrenz etwa zu kurz kommt. Das wirksamste jener Schutzmittel ist der Arrest, und zwar mit der zwiefachen Bedeutung: daß etwaige spätere Coimpetranten mit dem ersten Impetranten pro rata rangiren, ohne ihn ganz aus seiner Position zu verdrängen, und daß dem Schuldner dadurch die gültige Verfügung über das arrestirte Object zum Nachtheil des Impetranten bis auf Weiteres unmöglich gemacht wird. Der Particular-Arrest erstreckt sich nur auf so viele Werththeile des schuldnerischen Vermögens, als zur Sicherung der ihn justificirenden Forderung nöthig werden können, und er steht der fortdauernd freien Disposition des Impetraten über sein sonstiges Vermögen nicht im Wege. Jene Beschränkung und diese Reservation müssen aber wegfallen, wenn bereits die Insufficienz des ganzen Vermögens für alle auf ihm haftenden Schulden constirt, oder wenn schon eine einzelne Forderung auf dem gewöhnlichen Executionswege keine Befriedigung mehr gefunden hat, und der Gläubiger dadurch gezwungen ist, auch wenn er der einzige seyn sollte, vorerst andere etwa vorhandene Mittel der Vollstreckung ausfindig zu machen. Dieses ist der unentbehrliche Charakter des, die gesammte Habe einstweilen ergreifenden, offenen oder Universalarrestes, dessen Bedingungen und Folgen aus seinem Zwecke unschwer zu deriviren seyn würden. Er muß namentlich in einer Verfügung bestehen, mittelst welcher alle Dispositionen, wodurch der Activ- oder Passivstand der Masse zum Nachtheil der Creditoren verändert würde, von jetzt an für nichtig erklärt werden, welche Wir-

kung die Doctrin erst an die Eröffnung des Concurses geknüpft hat. Diese Verfügung muß von einer gerichtlichen Behörde erlassen werden, weil sie die Prüfung und Anerkennung der gesetzlichen Bedingungen dafür voraussetzt; sie muß nicht allein dem Schuldner zugestellt, sondern zugleich öffentlich bekannt gemacht werden, wenn die Realisirung des darin ausgesprochenen Präjudizes gerecht seyn soll. Sie braucht mit Eröffnung der übrigen Concursacte nicht nothwendig zusammen zu fallen, und kann insbesondere derselben, unabhängig davon, voraufgehen, damit der Schuldner nicht gehindert wird, durch Stundung oder Accordverhandlungen den wirklichen Eintritt seines Fallissements noch abzuwenden. Sie ist als interimistische Maaßregel immer nur auf eine sehr beschränkte Frist zu statuiren, nach deren Ablauf sie erlischt, sofern sie nicht jetzt oder früher in den völligen Concurs aufgeht. — Was die Requisite für den Eintritt einer solchen Maaßregel betrifft, so wäre ihre Beantragung zunächst ein Recht, vielleicht sogar die Pflicht, desjenigen Schuldners, der im Bewußtseyn seiner Ueberschuldung einen Stundungs- oder Nachlaßvertrag zu Stande zu bringen hofft, um inzwischen die von der Vigilanz Einzelner unternommenen Executionen und Cessionen zu sistiren. Außerdem muß der offene Arrest oder das Decretum de non alienando im Princip von jedem Gläubiger impetrirt werden können, der eine liquide oder ausgeklagte Forderung nachweist und zugleich die Insolvenz des Schuldners gehörig documentirt, wozu bei dem Kaufmann schon das Zurückgeben acceptirter Wechsel genügt. Ein specieller Werth dieser Sicherungsmaaßregel besteht aber darin, daß sie die widerstreitenden Interessen des exequirenden Gläubigers, und des Schuldners, der den Concurs mit seinen größeren Nachtheilen noch abzuwenden hofft, nach Möglichkeit ausgleicht. Sie ist dasjenige, was sich an die fruchtlos versuchte Execution in einzelne Vermögenstheile am unbedenklichsten anschließen kann, und nach dem, in diesem Stadium prävalirenden Rechte des Gläubigers die unmittelbare Folge der Unpfandbarkeit in allen Fällen seyn sollte,

wo etwa auf ausdrückliches und motivirtes Verlangen des Schuldners der letztere noch wegen Eröffnung des Concurses befristet zu werden verdient. Daß bisher z. B. eine im Niedergericht ausgeklagte und zur Execution verwiesene Schuld das Pfändungsverfahren vor der Prätur nach sich zieht, daß dann mit dem Atteste der Unpfandbarkeit in den Audienzen des Niedergerichts wieder der Universalarrest nachgesucht, und der Kläger zur successiven Prosequirung desselben an eine dritte Behörde verwiesen werden muß, wodurch mehrere Wochen und Monate verloren gehen, — solche und ähnliche Weiterungen müssen vor Allem abgeschnitten werden. Der Universalarrest in der hier verstandenen Bedeutung, also so weit er nicht wirklich antiquirt und ein nomen sine re geworden ist, sollte ohne Weiteres die Selbstfolge der constatirten Unpfandbarkeit seyn; die Rechtshülfe, welche dem Gläubiger nicht zu seiner Befriedigung zu verhelfen weiß, muß sich in demselben Momente wenigstens der Pflicht bewußt werden, ihn vor größerem Schaden durch Fixirung der unzureichenden Vermögensmasse zu bewahren.

Das hier angedeutete Veräußerungsverbot, in Verbindung mit den legislativ richtigen Grundsätzen der Paulianischen Klage und einer gerechten Strafjustiz, — das sind die Mittel, welche neuere Particularrechte zum Schutze der Concursgläubiger ergriffen haben. Daß nur bei uns der nämliche Weg nicht dem Ziele näher führen würde, dürfte nur Derjenige behaupten, dem es nicht an Entschlossenheit zu dem Versuche fehlte, ihn zu betreten.

Der Pandectentitel über die actio Pauliana schließt mit folgender Bemerkung: Die a. P. werde mitunter auch gegen den insolventen Schuldner selbst, nach der venditio bonorum gestattet. Zwar hätten Einzelne es für ungerecht gehalten, denjenigen, dem sein ganzes Vermögen entzogen sey, noch wegen früherer Schulden zu verfolgen. Wenn aber Theile dieses Vermögens, die durch seine Schuld verloren gegangen sind, auf keinem anderen Wege herbeigeschafft werden können, so werde gleichwohl er selbst mit dieser Klage belangt, deren

Effect dann freilich nicht in einem Vortheile für den Kläger, aber in der damit für den Beklagten verbundenen Pön bestehe. [1]) Unter dieser Pön ist der dem insolventen Verurtheilten drohende Schuldarrest zu verstehen. [2]) Die Wiedereinführung dieses Rechtssatzes in modernisirter Form wurde für Hamburg vor einigen Jahren von sehr achtbarer Seite empfohlen und unterstützt. [3]) Der Vorschlag geht im Wesentlichen dahin: der Fallit, welcher zu der Zeit, wo er bereits das Fallissement unvermeidlich vor sich gesehen, sich eine absichtliche Begünstigung einzelner Gläubiger zu Schulden kommen ließ, solle jedem seiner Gläubiger für so viel, als dieser ohne jene Begünstigung mehr aus der Masse erhalten haben würde, unbedingt, gleich als ob überall kein Fallissement erfolgt wäre, verhaftet bleiben, auch von solcher Verhaftung sich niemals durch ein neues Fallissement befreien können. Es ist also das Princip des Schadenersatzes, welches hier in einer einzelnen Anwendung zur Geltung kommen soll. Die Befreiung des Falliten oder das laxe Nachmahnungsrecht, sagt man, sey nicht in der Natur der Sache und in der Gerechtigkeit, sondern in einer exceptionellen Begünstigung begründet; das Gesetz könne nun solche exceptionelle Benefizien an Bedingungen knüpfen, und bestimmen, daß, wer der Begünstigung theilhaftig werden wolle, auch seine Güterabtretung vollständig eintreten lassen müsse. Allerdings kann man der Gesetzgebung diese Gewalt nicht absprechen, nur läßt sich ihr Verfahren durch die Möglichkeit nicht rechtfertigen, daß sie sich jeder Kritik entziehe. Man findet es widersprechend, wenn das bestehende Recht den Falliten wegen unerlaubter Dispositionen

---

[1]) L. 25. § 7. D. Quae in fraud. cred. (42, 8).

[2]) Vergl. Bethmann-Hollweg Civilproceß S. 314. Note 53.

[3]) Der fragliche Vorschlag ist in einem Artikel der Neuen Hamburger Blätter Jahrg. 1844. No. 47. "Wie wäre dem Unfuge der Deckungen bei Fallissementen entgegenzutreten?" entwickelt. Vergl. darüber den Aufsatz: "Ueber Deckungen bei Fallissementen," daselbst No. 49, und den Vortrag im Vereine Hamb. Juristen in der Versammlung vom 26. Januar 1847. Neue Hamb. Blätter Jahrg. 1847. No. 5.

mit Strafe bedrohet, und zugleich das Recht der Gläubiger auf das illusorische Nachmahnungsrecht herabsetzt, was wenig unterschieden sey von einem Gesetze, das zwar den Diebstahl mit Strafe bedrohen, dem Bestohlenen aber den Anspruch auf Ersatz des entwendeten Werthes absprechen würde. Allein hier müßte nicht ein wohlhabender, sich mit fremdem Schaden bereichernder Dieb, sondern ein solcher gesetzt werden, der sich als vermögenslos ausweist; macht dieser später einen leichtsinnigen Bankerott, so verweist das geltende Recht die Ersatzforderung des Bestohlenen, wie jede andere, nur auf die Illusionen des Nachmahnungsrechts. — Indem der obige Vorschlag den Schuldner, welcher mit den verhaßten Deckungen umging, so weit der fortwährenden Verhaftung unterwirft, reservirt er sich zugleich die Befugniß, im Uebrigen mit den unbefriedigten Rechten der Gläubiger nach Belieben zu schalten. Wenn er gerechter seyn will, als es die psychologische Abschreckungstheorie im Allgemeinen ist, so provocirt er den Einwand, weshalb sein Präjudiz nicht auf jeden leichtsinnigen, oder auf jeden Concurs überhaupt ausgedehnt werde? Wenn dieses Mittel in der That den Zweck erreichte, die Deckungen entweder zu verhindern oder sie unschädlich zu machen, so müßte auf demselben Wege die Mehrzahl der Concurse verhütet, und für die übrigen den Gläubigern von einer consequenten Gesetzgebung Schadloshaltung erwirkt werden können. Ist dies aber aus Gründen der Erfahrung oder aus höheren Rücksichten unthunlich, und würde damit nur eine unpolitische poena erreicht, so werden die nämlichen Bedenken wohl auch die Beseitigung eines vereinzelten Uebelstandes auf dem scheinbar einfachsten Wege erschweren. Man darf nicht wünschen, daß der Vortheil, durch Anfügung eines neuen Additionalartikels die Fallitenordnung sammt ihren früheren Anhängen conserviren zu können, die Revision des Gesetzes im Ganzen und in seinen wichtigsten Partheieen von Neuem verzögere.

# III.

# Ein Wort über Erbschaftssteuern.

## Ein Wort über Erbschaftssteuern.

Fünffach, wenngleich im Resultate nicht beträchtlich, ist die Einnahme, welche der Hamburgische Staat aus dem Nachlasse Verstorbener [1]) bezieht: der Abzugszehnte, die Succession in erbloses Gut, das Legat zu Wegen und Stegen, der Testamentsstempel und die Erbschaftssteuer.

1. Unter den deutschen Stadtrechten ist das Hamburgische eines der frühesten, [2]) welches den Abzugszehnten von Erbschaften, und zwar in einem neueren Zusatze zu der Recension von 1292 erwähnt:

E, 23. "So welkerhande erueghoed uersteruet hiir in desser stad uan borgheren edder uan luden de hiier wonachtich syn in desser stat uppe lude de hiir nyne borghere en syn, de scholen desser stad den teynden pennyng gheuen alle des ghoedes dat also uorstoruen is." [3])

In den Städten erscheint diese, ursprünglich aus dem Verhältniß der Hörigkeit stammende gabella hereditaria als eine Entschädigung für den Verlust, den die Stadt an den Abgaben durch das herausgehende Vermögen erlitt. [4]) Darum soll die Pflicht zur Entrichtung des Zehnten dann wegfallen, wenn der auswärtige Erbe Caution bestellt, daß er binnen einem Jahre nach der Erbtheilung sich mit dem Erbgut hier

---

[1]) Die Erhebung von Personalsteuern von ungetheilten Erbschaftsmassen gehört hierher nicht.

[2]) Vergl. Lappenberg Programm zur Säcularfeier S. 50. Anm. 18.

[3]) Unverändert Stadtrecht von 1497 J, 28; von 1603 art. 19. tit. 3. P. III. Vergl. Receß von 1483 art. 13.

[4]) Eichhorn Rechtsgeschichte § 368. Note u.

auf Lebenszeit niederlassen wolle. [1]) Der Zehnte war schon nach früherer Praxis von Intestat-Erbschaften auch auf Vermächtnisse ausgedehnt, [2]) und ist nach den späteren Gesetzen gleichfalls von Heirathsgut, Aussteuer und jedem bei künftiger Theilung zu conferirenden Capital zu erheben. Die Einforderung dieses Zehnten war die ursprüngliche Bestimmung des zuerst in den Fastis von 1444 erwähnten Zehntenamts, welchem jedoch nicht erlaubt war, "frommen Leuten, die ihren Ehegatten verloren haben, die Kisten zu versiegeln." [3]) Auch sollte der früher sogenannte Zehnpfenningsknecht zufolge Receß von 1603 art. 13 nur nach einem öffentlich bekannt gemachten Schragen seine Gebühren beziehen. — Ein Regulativ vom 28. October 1647 "wegen des zehenden Pfennigs und des Bedienten" [4]) bildet die Grundlage zu der, die Controle durch Versiegelung, Inventur und andere Maaßregeln sichernden, das Einschreiten der Behörde auch im Interesse auswärtiger oder unbekannter Erben normirenden "revidirten Zehnpfennigs-Ordnung vom 19. December 1771" [5]) als dem noch jetzt geltenden Gesetze. Die Zehntenabgabe und Nachsteuer wurde jedoch nach der Deutschen Bundesacte durch Rath und Bürgerschluß vom 16. December 1819 in Beziehung auf die deutschen Bundesstaaten aufgehoben, und diese Aufhebung durch die Verordnung vom 16. Juni 1823 auf alle Staaten ausgedehnt, welche darin Reciprocität beob-

---

[1]) Receß von 1529 art. 26, art. 19. tit. 3. P. III. Stat. Wiederholt in der Zehnpfennigs-Ordnung von 1771 art. 3. Vergl. Stadtrecht von 1292 E, 19.

[2]) Bürgermeister Möller und Schroeteringk zu art. 17 cit. Nach der hier angeführten Entscheidung von 1605 sollte die Abgabe von den Erben, nach einem neueren Erkenntniß von 1819 (Gries Commentar Th. 2. S. 312), von dem Vermächtnißnehmer entrichtet werden.

[3]) Receß von 1483 art. 13; von 1529 art. 26.

[4]) Sammlung der Mandate Bd. . S. 66—73.

[5]) Sammlung der Mandate Bd. 6. S. 436—457.

achten. Außerdem sind später mit einer Reihe von Staaten [1]) besondere Vereinbarungen darüber abgeschlossen.

2. Nach der gründlichen Erörterung von Trummer [2]) ist das Recht auf erbloses Gut, welches der Sachsenspiegel dem Richter zuspricht, seinem Ursprunge und seiner juristischen Bedeutung nach auch bei uns ein Ausfluß des früheren Antheiles der Stadt an den gerichtlichen Gefällen. Dies Recht wird jedoch in unseren Statuten überall nicht, [3]) sondern zuerst in der Verordnung wegen des Zehnten von 1647 art. 7 mit den Worten erwähnt: "Da in Jahr und Tag von Zeit der erlangten Wissenschaft keine Erben sich allhier angeben und gebührlich mit einzeichnen lassen werden, soll sothaner Nachlaß an das gemeine Gut verfallen seyn." Dieses Jahr und Tag, als die altdeutsche Frist für Aufbewahrung erblosen Gutes, schien später, zuerst nach einem Conclusum des Rathes vom 8. Juni 1763, [4]) auf 6 Monate reducirt werden zu können, als der Fiscus zur Aufforderung unbekannter Erben durch Extrahirung eines gerichtlichen Proclames angewiesen wurde. Auch die Zehntenordnung von 1771 verfügt: "Wann zum Nachlasse der hier verstorbenen Personen höchstens in 6 Monaten sich niemand als Anverwandte oder Erben eingefunden . . . so soll bewandten Umständen nach ein Proclam ergehen. Geben sich nun auf vorhergegangene Proclamata keine Erben mit behöriger Legitimation an, so soll dergleichen Nachlaß dem gemeinen Stadtgute anheimfallen." Dies wird in solchen Fällen durch das gerichtliche Erkenntniß verwirklicht, "daß der Nachlaß als vacant dem Fiscus zu adjudiciren."

3. Das Legat zu Wegen und Stegen scheint in Hamburg aus Lübeck bekannt geworden zu seyn, wo dasselbe

[1]) Eine Zusammenstellung derselben s. bei Westphalen Hamburgs Verfassung und Verwaltung Bd. 2. S. 104—106.

[2]) Trummer Vorträge über Hamb. Rechtsgeschichte Bd. 3. S. 1—15.

[3]) Wie im revidirten Lübischen Recht art. 14. tit. 2. P. II.

[4]) Sammlung der Mandate Bd. 5. S. 2390.

unter diesem Namen schon seit dem 14. Jahrhundert durch die Praxis als ein rechtlich nothwendiges Geltung erlangte.[1] Bei uns wurde es zuerst im Stadtrecht von 1497 vorgeschrieben,[2] und zwar zum Betrage von acht Schillingen für ein Testament von Eheleuten. Wie die Vermächtnisse an das gemeine Gut an den Privilegien der Verfügungen zu milden Zwecken theilnehmen,[3] so wird auch dieses Legat noch von späteren Schriftstellern als ein legatum pium dargestellt.[4] Es hat jedoch den Charakter einer zu entrichtenden Gebühr erhalten, seitdem das Markstück, welches in Folge des veränderten Münzfußes zwei Mark Courant beträgt, nach der Revision von 1605 nicht erst nach dem Tode, sondern gleich bei Errichtung des letzten Willens der Kämmerei bezahlt werden muß.

Art. 21. tit. 1. P. III. Stat. "Ferner soll von einem jeglichen Testament zum wenigsten ein Markstück zu Wegen und Stegen gegeben werden, und da Frau und Mann ein Testament zusammen machen, ein jeder so viel zu geben schuldig seyn, und solches unverzüglich in die Cämmerey geliefert werden."

Ein Mandat vom 14. Januar 1682[5] schärft die Entrichtung des Markstückes von jedem Testament und Codicill "sobald selbiges verfertiget" ein, befreiet davon nur die Disposition des Vaters unter seinen Kindern, und bedrohet jede Contravention mit einer Strafe von 50 Rthlrn. Es verpflichtet die Notarien, bei Vollziehung des letzten Willens den

---

[1] Pauli Abhandlungen aus dem Lübischen Recht Th. 3. S. 277 folg. Der älteste dort angeführte Fall ist von 1373.

[2] Stadtrecht von 1497 K, 2. "Vnde erer jewelck schal geuen van dem samenden testamente acht schillinghe to wegen vnde steghen; wolden se ock derhalven na dode mer geuen, dat moghen se wol don. Men darvan schall elkes andel entrychtet werden vnuortogert na synem dode."

[3] Vergl. art. 20. tit. 1. P. III. Stat.

[4] Klefeker Bd. 4. S. 384.

[5] Sammlung der Mandate Bd. 1. S. 359.

Testator daran zu erinnern und die Abtragung zu befördern, woraus von Gries die übliche überflüssige Erwähnung dieser Abgabe in jedem Testamente erwähnt wird. [1])

4. Anstatt einer Erhöhung der eben erwähnten Abgabe von letzten Willen, wurde für Erweiterung derselben die neue Form des sogenannten Testamentsstempels gewählt. Derselbe ist mit anderen Stempel-Ansätzen zuerst durch die "Verordnung wegen der Abgabe von einigen gerichtlichen und außergerichtlichen Schriften und sonstigen Aufsätzen" vom 31. October 1798 für jede Art letztwilliger Verfügungen eingeführt, und seitdem zum Betrage von ein per mille des Nachlasses unverändert geblieben. [2]) Während aber das Legat zu Wegen und Stegen gleich bei Vollziehung des Testamentes entrichtet werden muß, braucht umgekehrt dieser Stempel ausnahmsweise erst nach dem Tode des Erblassers bei Publication seiner letzten Willensverfügung von den Erben oder Executoren erlegt, und kann auch dann noch ein nur provisorischer Betrag gegen die Verpflichtung späterer Ergänzung geleistet werden.

5. Im Gegensatz zu der stationären Natur der bisher betrachteten Abgaben hat die Collateral- und Erbschaftssteuer Schwankungen und Veränderungen erfahren, welche in ihrer jetzigen Gestalt gleichfalls nur einen vorläufigen Abschluß vermuthen lassen. Die älteren Recesse enthalten die ausdrückliche Versicherung, daß Erbschaften und Vermächtnisse, welche auf Hiesige fallen, nicht mit Abgaben beschwert werden sollen. [3]) Dagegen wurde durch die Rath- und Bürgerschlüsse vom 13. August 1624 und 10. Mai 1627 die Abgabe des

---

[1]) Gries Commentar Th. 2. S. 195.

[2]) Vergl. Revidirte Stempel-Verordnung vom 21. December 1849 No. 85. 86.

[3]) Receß von 1483 art. 13; von 1529 art. 26. "Unde wat unsen Borgern effte Borgerschen anfalt van Erffdehl effte gegeven wert, schall fry folgen, alse dat gewest is. Wat averst uht der Stadt gehalet wert" u. s. w.

Zehnten auf testamentarische oder Intestaterbschaften sowohl von erb- als wohlgewonnenen Gütern auf alle Erben extendirt, welche dem Erblasser in weiterem Grade als Bruder- oder Schwesterkinder verwandt, "ohn angesehen selbige Erben innerhalb dieser Stadt oder Gebiete vorhanden." Der Rath und Bürgerschluß vom 9. Juni 1735 [1]) setzte sie auf fünf Procent herab, und in diesem Umfange wurde sie in der Zehnpfenningsordnung von 1771 mit dem Zusatze bestätigt, daß davon auszunehmen seyen "ob favorem matrimonii unbeerbte eheleibliche Männer und Frauen, ingleichen die piae causae, wenn ihnen etwas als Erbschaft oder Vermächtniß zufällt, wie auch die Executores testamenti wegen Desjenigen, was ihnen für ihre Bemühung vermacht wird, wenn solches sich nicht über tausend Reichsthaler beläuft." Seitdem ist die Steuer in einem organischen Wachsthum begriffen: sie betrug nach der Verordnung vom 14. December 1807 in den Fällen der Verwandtschaft über den zweiten bis zum vierten Grad der Collateral-Linie 5 Procent des reinen Betrages der Erbschaft oder des Vermächtnisses, in den Fällen der Verwandtschaft über den vierten Grad der Collateral-Linie hinaus aber, und bei gar nicht eintretender Verwandtschaft 7½ Procent. Im Convente vom 28. Januar 1830 wurde sie auf Geschwister, sofern Erbschaft oder Vermächtniß nicht unter Bco.℔ 3000 betragen, ausgedehnt. Die neueste Gestalt erhielt sie, unter Beibehaltung der früheren Ausnahmen, durch den Rath und Bürgerschluß vom 13. December 1851, wonach sie beträgt: 2½ Procent bei Erbschaften oder Vermächtnissen, welche Ascendenten von ihren Descendenten zukommen; 5 Procent bei Verwandtschaft des zweiten und dritten Seitengrades zwischen dem Erblasser und Erbnehmer oder Legatar, so wie bei Adoptivkindern und anders als durch nachfolgende Ehe legitimirten Kindern; 7½ Procent bei Verwandtschaft des vierten Seitengrades; 10 Procent bei einer Seitenverwandtschaft über den vierten Grad hinaus, oder bei gar nicht vor-

---

[1]) Abgedruckt bei Klefeker Bd. 2. S. 536.

handener Verwandtschaft. Die Steuer wird nach den älteren wie nach dem neuesten Gesetz auf Eid oder Angelobung der betreffenden Personen entrichtet, ohne daß desfalls eine Versiegelung oder Inventur vorzunehmen ist. —

Die Ergründung des Hamburgischen Erbrechts gilt als eine weitschichtige Aufgabe für Scharfsinn und Gelehrsamkeit. In einer systematischen Darstellung würde der hier berührte Punkt nur die untergeordnetste Stelle einnehmen. Er bildet aber den anziehenden Ausgangspunkt für eine ihrer Aufgabe bewußte Gesetzgebung, welcher früher oder später die Erfüllung so tröstlicher Erwartungen obliegen wird.

Keine der vorgenannten Abgaben kann als Gebühr für die durch Sterbefälle veranlaßte Thätigkeit der Behörden gelten, vielmehr werden dafür (z. B. für Testaments-Publication und an die Beamten des Zehntenamts) andere Ansätze entrichtet. Eben so wenig werden Erbschaften und Vermächtnisse als eine einmalige Vermehrung der Einnahme in dem Jahre ihres Anfalles behandelt, und in dieser Modalität der allgemeinen Erwerbsteuer unterzogen. [1]) Die Abgabe erscheint also eigentlich nicht als wirkliche Steuer, sondern als eine Art von Theilung der Verlassenschaft zwischen dem Erblasser oder Erbnehmer einerseits und dem Staate andererseits. Die Prüfung ihrer Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit muß aber von dem Satze ausgehen, daß das Verhältniß bei jener Theilung ein gegenseitiges ist: nicht nur der Staat muß sich wegen der gesetzlich ihm zufallenden Beträge gegen den Erblasser oder Erben legitimiren, sondern der letztere eben so gewiß gegen den Staat wegen des Antheiles, den dieser ihm überlassen und als rechtmäßig garantiren soll. Die eine

---

[1]) Dies könnte man aus § 2 der Verordnung vom 11. December 1835 schließen wollen, wo der Ausdruck "Einkommen und Erwerb" dahin erläutert wird, daß "darunter das gesammte Einkommen und die Einnahme ohne alle Ausnahme zu verstehen sey, es möge solche nun ... wieder verwendet und ausgegeben, oder auch als erspart zurückgelegt und dem Capital hinzugefügt werden."

dieser Aufgaben ist nicht dringender und kaum leichter zu lösen als die andere.

Indem das bestehende Recht den Anspruch des Staates auf den Fall des bonum vacans beschränkt, räumt es ihm nur einen subsidiären Titel ein, der dem erklärten Willen des Erblassers wie den Ansprüchen der Intestaterben nachstehen müsse. Er wird hierbei nur den Privat-Occupanten vorgezogen, um dem Unfrieden vorzubeugen, der aus der Duldung solcher Prätensionen auf Besitzergreifung erblosen Gutes unvermeidlich entstehen würde. Das Notherbrecht beantwortet die Frage, ob und wann der Anspruch der gesetzlichen Erben über den Willen des Erblassers übergreife, und wie weit es diesen Willen beschränke? Umgekehrt stellt das Recht der Testamente den erklärten Willen des Erblassers höher als die Ansprüche der sonst gesetzmäßigen Erben, und läßt dieselben gegen jenen Willen nur als eventuelle erscheinen. Endlich negirt das Intestaterbrecht den Widerspruch zwischen den Successions-Ansprüchen der durch dasselbe berufenen Erben und dem Willen des Verstorbenen; denn wenn ein solcher Widerspruch in concreto vorhanden wäre, so würde der Erblasser seinen Willen geltend gemacht haben und dazu befugt gewesen seyn. Entweder hat er also in dieser Beziehung gar keinen bewußten Willen gehabt, oder derselbe ist identisch mit den Ansprüchen der Intestaterben gewesen, deren Realisirung sonach nichts im Wege steht.

Schon Montesquieu bemerkte, daß das Naturrecht die Väter zwar verpflichte, ihre Kinder zu ernähren, nicht aber sie zu Erben einzusetzen. Die Systeme des Naturrechts erklären sich unfähig, das Erbrecht als eine vernunftnothwendige Institution zu begründen, wie etwa das Eigenthum oder den Vertrag. Die Kritik und die Gesetzgebung haben daher an diese positive Satzung den Maaßstab zu legen, wie weit dieselbe entweder von juristischer Consequenz gefordert wird, oder einem sittlichen Bedürfniß der menschlichen Natur, oder dem Wohle der Gesammtheit entspricht.

Das Recht des Erwerbes aus letztwilligen Verfügungen läßt sich durch Analogieen oder Folgerichtigkeit aus anderen Rechtssätzen nicht deduciren. Da mit dem Tode die Möglichkeit der Nutznießung, als der eine Theil der im Eigenthum enthaltenen Befugnisse erlischt, so müßte jener Anspruch aus der Dispositions- und Veräußerungs-Befugniß des Eigenthümers abgeleitet werden. Der letzere, sagt man, kann wahre Rechtsansprüche an sein Vermögen auch dadurch begründen, daß er eine betagte oder bedingte Verpflichtung eingeht. Seine auf sein Ableben gestellte Zuwendung ist nur durch eine Zeitbestimmung (den Eintritt des Todes) und eine Bedingung (daß spätere Verhältnisse nicht eine Zurücknahme seiner Verfügung begründen) beschränkt, und wird im Momente des Todes selbst zu einer unbeschränkten. Allein der Anspruch des Erbnehmers ließe sich auf diesem Wege nur aus einem Rechtsgeschäft unter Lebenden construiren, bei welchem er durch seine Concurrenz und seinen Consens einen bereits wirklichen Rechtstitel erlangt, also bei den Gaben des früheren, und den aus anderen Gründen verwerflichen Erbverträgen des heutigen Rechts. Die einseitige letzwillige Disposition kann dem darin Bedachten kein Recht auf ihre Aufrechthaltung geben, weil Keiner sich gegen ihn verpflichtet hat, vielmehr setzt der Schutz seines Anspruchs die Gültigkeit von Erklärungen des Testirers voraus, für welche die positive Norm („uti legassit ita jus *esto*") auf ganz andere und selbstständige Gründe gestützt werden muß. Diese Argumente sind im Allgemeinen allerdings im Einklange mit einem wahren Bedürfniß der sittlichen Natur. Es entspricht dieser Quelle des vernünftigen Rechts, daß das Wollen und Wirken des Menschen noch über seine Lebenszeit hinausreichen könne, daß er im Stande sey, seinen Antheil an dem Sachvermögen nicht nur zur Befriedigung der eignen Bedürfnisse und Genüsse zu erwerben und zu verbrauchen, sondern auch dadurch den Antrieben des Wohlwollens, den Pflichten der Dankbarkeit und Freundschaft zu genügen, oder ihn nach eigenem Belieben für wohlthätige und gemeinnützige Zwecke zu verwenden. Die

Erweiterung, welche der im Begriff des Eigenthums gesetzten Möglichkeit der Veräußerung unter Lebenden durch den Rechtsschutz der Testamente widerfährt, wird durch das Interesse gefordert, daß Jeder solche Veräußerungen vornehmen könne, ohne sich ihretwegen schon der Nutznießung dieses Vermögenstheils bis zu der, ihrem Eintritt nach ungewissen, Todesstunde, und der etwaigen Willensänderung bis dahin begeben zu müssen. — Auch das Gesammtwohl stimmt hiermit überein, sofern es verlangt, daß jeder Einzelne möglichst wirksame Antriebe habe, um durch Arbeit und Thätigkeit seinen eigenen, dadurch aber für seinen Antheil zugleich den National-Wohlstand zu vermehren. Wenn die Fähigkeit zu eigenem materiellem Genusse begränzt ist, so ist dagegen der Wunsch über erworbene Glücksgüter zu Gunsten Anderer nach Belieben verfügen zu können, seiner Natur nach unbeschränkt; der Rechtsschutz dieser Freiheit, wie er in der Garantie für Verfügungen nach dem Tode seine vollste Ausdehnung erreicht, liefert einen mächtigen Sporn in der Herbeischaffung der durch eigene Anstrengung zu erwerbenden Mittel nicht zu ermüden.

Ein anderes Fundament als für die Legalisirung und Ausführung letzter Willen muß in Ermangelung derselben für das Erbfolgerecht kraft Gesetzes gesucht werden. Wenn der Nachlaß der Eltern zur Erziehung oder Etablirung der überlebenden Kinder verwandt wird, so kommt die Gesetzgebung dadurch nur der Stimme der Natur und der pflichtmäßigen Fürsorge der Erzeuger für ihre Angehörigen zu Hülfe; sie erklärt, daß das zur Verlassenschaft gewordene Vermögen so benutzt und vertheilt werden solle, wie es die Schuldigkeit der früheren Besitzer gewesen seyn würde, wenn nicht der Tod sie an Fortsetzung persönlicher Wirksamkeit für diesen Zweck ihrer Arbeit verhindert hätte. Wenn der überlebenden Wittwe die Nutznießung an dem Nachlaß des Ehemannes ganz oder theilweise zugesichert wird, so erlangt sie dadurch nur die Bestätigung der Subsistenz, auf welche bei Eingehung der Ehe von beiden Theilen gerechnet werden

mußte. Allein der Einklang, in welchem demgemäße gesetzliche Bestimmungen mit dem sittlichen und bürgerlichen Charakter der Ehe, des Verhältnisses der Eltern und Kinder oder Kindeskinder stehen, ist auf diesen engen Kreis der Familie beschränkt; er giebt uns keinen Fingerzeig über das Schicksal eines Nachlasses, zu welchem Niemand als sogenannter Leibeserbe berufen ist. In diesem Fall treten die beiden Gesichtspunkte, welche sich dort zur Harmonie eines durch das objective Recht nur anzuerkennenden sittlich-natürlichen Bandes zusammenschlossen, auseinander: der präsumtive Willen des Verstorbenen, und die etwaigen Rechtsansprüche an seine Verlassenschaft.

Es wäre ein ansprechender Gedanke, das Andenken an den Verstorbenen dadurch zu ehren, daß sein Vermögen Denjenigen zugetheilt wird, denen er selbst aus Humanität oder Patriotismus oder, um Pflichten der Freundschaft und Dankbarkeit zu erfüllen, dasselbe zugewendet wissen mögte. Jedoch wo ist die Behörde, die sich für competent halten dürfte, den persönlichen Willen eines einzelnen — geschweige aller — Verstorbenen in Ausführung von Liebespflichten zu ergänzen, in seinem Sinn zu verfahren, wo er nur von freier willkürlicher Zuneigung geleitet werden konnte, oder das Maaß seiner Wohlthätigkeit und gemeinnützigen Gesinnung festzustellen? Da dies ein undenkbares Beginnen wäre, so entschließt sich die Gesetzgebung zur Aufstellung gleichmäßiger Normen, nach welchen ohne Rücksicht auf die concreten Verhältnisse entschieden werden soll, und kann dann freilich ihren Organen, den Gerichten, die Subsumirung zweifelhafter Fragen unbedenklich übertragen. In so weit sie daneben die Testamentsfreiheit statuirt, sollen jene Normen eine nur subsidiäre Natur haben: der Verstorbene, meint man, müsse sich ihren Inhalt als seinen Willen angeeignet haben, denn wäre er nicht damit einverstanden gewesen, so würde er sich der Freiheit bedient haben, ihre Anwendbarkeit auf seinen Nachlaß durch ausdrückliche Erklärung auszuschließen. Wenn diese Vorstellung mehr als eine bloße Fiction wäre, so würde

— vorausgesetzt, daß Jeder solche Gesetze kennt, über ihre Folgen für sich reflectirt und nicht aus anderen Gründen ohne rechtzeitige Verfügung aus der Welt geht — der Inhalt des dispositiven Erbrechts ziemlich gleichgültig seyn. Es könnte, um sich in dem Nachlaß zu theilen, etwa Diejenigen berufen, die mit dem Erblasser an dem gleichen Tage geboren waren, oder in derselben Straße wohnten; immer würde man das leerste Merkmal durch die Versicherung vertheidigen können: es muß des Seeligen letzter Wille so gewesen seyn, sonst würde er einen beliebigen anderen hinterlassen haben. Hiermit nicht zufrieden, glaubt man seine vernünftige und aus inneren Gründen wahrscheinliche Willensmeinung nicht zu verfehlen, indem man das Natur-Moment der Verwandtschaft bis in seine entferntesten Verzweigungen als das einzig und vollständig regulirende aufstellt. Allein in dieser Ausdehnung ist dasselbe nicht minder hypothetisch und inhaltleer wie die vorhin angeführten Einfälle seyn würden; es schiebt für eine unbestimmbar große Zahl von Erbfällen die willkürlichste Fiction an die Stelle von gesunden Präsumtionen. Wie sollte Jemand, der für das Schicksal seiner Habe, wenn er sie verlassen muß, nicht gesorgt hat, dazu kommen, dieselbe lieber als jedem Anderen einem reichen Vetter zu gönnen, der sich vielleicht niemals um ihn bekümmerte; wie sollte die Zersplitterung unter die Verwandten des achten oder zehnten Grades, die von seiner Existenz wohl erst nach seinem Tode erfahren haben, sich auf seinen vermutheten Willen zurückführen lassen? Daß die Blutsverwandtschaft, die Abstammung von irgend einem gemeinsamen Stammvater, auch persönliche Bekanntschaften einleiten und zu Banden des Wohlwollens, der Zuneigung die Veranlassung werden könne, gleich der Nachbarschaft oder dem geschäftlichen Verkehr, ist unstreitig; aber daß sie dies nothwendig thun müsse, und darin jedem anderen rein humanen Verhältniß nach der allgemeinen Gesinnung vorzuziehen sey, — diese Annahme widerspricht aller Erfahrung wenigstens für die jetzige Zeit. Der Eintritt jener Möglichkeit hängt ab von dem Charakter, den Erleb-

nissen und persönlichsten Beziehungen der Individuen, und nichts ist so mannigfaltig als diese Factoren; nichts dagegen muß so abstract, einförmig und jedes freiere Ermessen ausschließend seyn wie die gesetzliche Normirung eines Intestaterbrechts; unmöglich könnte sie prätendiren, dem Reichthum und der Vielseitigkeit der wirklichen Welt nachbildend sich anschließen zu wollen.

Näher scheint der Legislation das Bestreben zu liegen, die Ansprüche Derjenigen zu realisiren, welche, wenn auch außerhalb des engsten Familienkreises stehend, in Ermangelung eines solchen zur Succession in den Nachlaß nach Recht oder Billigkeit berufen seyn könnten. Worauf dürfte aber für die heutige Zeit, zumal für städtische Verhältnisse, ein solcher Rechtsanspruch sich stützen? Wenn man sich darauf beruft, daß nicht die Individuen, sondern die Familie die Grundlage des Staates und die Einheit der Gesellschaft bilde, so ist dies nur wahr hinsichtlich der Ehegatten mit ihren dem Elternhause noch angehörigen Kindern. Sollte darüber hinaus, wo wir nur die unseren bürgerlichen Einrichtungen und Lebensbedingungen entsprechende Absonderung und Zerstreuung der Familienglieder gewahren, die Abstammung von irgend einem gemeinsamen Stammvater als haltbares Princip der Erbfolge sich geltend machen, so müßte dieselbe als Theil eines Kreises von durch Blutsverwandtschaft begründeten Rechtsverhältnissen und gegenseitigen Rechtspflichten und in organischem Zusammenhange mit solchen sich darstellen lassen. Dies ist aber seit dem Verschwinden der Familien-Sacra, der Pflicht zur Blutrache, des Rechtes auf Wehrgeld und ähnlicher Antiquitäten unmöglich. Das heutige Recht zwingt Niemanden, die Schulden seines Bruders oder Vetters zu bezahlen, oder ihn, wenn er in Noth geräth, zu alimentiren; worauf könnte sich denn der Anspruch basiren, ihn um der Blutsverwandtschaft willen beerben zu wollen? — Nur ein, der eigentlichen Rechtssphäre angehörendes Moment dieser Frage wollen wir noch näher verfolgen.

Jedes Grundprincip muß sich in den specielleren Regeln seiner Anwendung erproben, und aus ihnen erkennbar seyn; es ist klar, daß wir aus der Erbfolge-Ordnung den Gedanken zu schöpfen haben, der für das Erbfolgerecht der leitende zu seyn bestimmt ist. Schon die große Verschiedenheit der positiven Successions-Ordnungen zeigt aber, daß ihnen weniger ein rationeller Grundsatz von allgemeiner Geltung, als vielmehr ein willkührlich angenommener oder undeutlich gedachter Vordersatz zum Fundamente dienen muß. Will man das Erbrecht der Verwandten aus der Vorstellung eines Gesammt-Eigenthums der Familie herleiten, so wäre dies auf zwiefache Weise möglich: entweder ist das Eigenthum seiner Substanz nach ungetheilt, und nur für die Nutznießung den sämmtlichen Interessenten gemeinsam; dann hört mit dem Ausscheiden des Einzelnen nur sein Mitgenuß auf, das Recht der Uebrigen wird aber durch die selbstständigen Normen für ihr Verhältniß unter einander bestimmt, welche in unveränderter Kraft auch nach dem Wegfall der Beschränkung ihrer Wirksamkeit durch den Verstorbenen bleiben. So verhält es sich alltäglich, wenn von mehreren mit der überlebenden Wittwe in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebenden Kindern eines derselben stirbt; hier ist von Erbtheilung überhaupt nicht die Rede, und die Frage wäre unpassend, ob dasselbe von seiner Mutter oder von den Geschwistern beerbt werde. Ist aber das Eigenthum der Familie unter deren Mitglieder nach reellen oder ideellen Antheilen getheilt, also nur der Complex dieses Sondereigenthums gemeinsam zum Zweck der Beerbung, dann folgt aus diesem Begriffe, daß der Antheil des Verstorbenen unter die übrigen, sey es zu gleichen oder nach Proportion ihrer ungleichen Quoten repartirt werden muß, aber jedenfalls unter alle diejenigen, welche in diesem Rechtsverbande stehen; jeder in abstracto Erbberechtigte müßte es auch in concreto seyn, denn der Begriff der Gemeinsamkeit negirt die Möglichkeit, daß einige von den übrigen ausgeschlossen werden könnten, eine besondere Successionsordnung bleibt also auch hier ganz außer Frage. Ein solcher Familien-

besitz in der einen wie in der anderen Form ist, abgesehen von dem Fall der communio prorogata, aus unserem Rechtsleben verschwunden; das Eigenthum ist nicht mehr das Recht einer Familie, einer gens oder Horde, es ist individualisirt; denn daß es ein Zirkelschluß seyn würde, dasselbe aus einer positiven Successionsordnung herleiten zu wollen, anstatt umgekehrt zu verfahren, scheint einleuchtend.

Der in seiner Abstractheit vage Plan, entferntere Verwandte durch die vorhandenen näheren bei der Erbfolge ausschließen zu lassen, kann auf zwei verschiedenen und sich widersprechenden Wegen zur Ausführung gebracht werden. Der erste mißt die Nähe der Verwandtschaft nach der Zahl der Grade, d. h. der Zeugungen, durch welche die Abstammung des Erblassers und Erben von einander oder von dem gemeinschaftlichen Stammvater vermittelt wurde. Nach dieser, der Gradual-Erbfolge, werden die Geschwisterkinder von den Großeltern ausgeschlossen, Enkel concurriren mit Geschwistern, Geschwisterkinder mit Oheimen, die Enkel der Geschwister mit den Vettern des Erblassers, und die Theilung findet stets nach Köpfen Statt. Der hierin realisirte Gedanke ist kein anderer, als daß das durch Blutsverwandtschaft etwa begründete persönliche Interesse mit der größeren Entferntheit derselben abnehme, er hat also nur Werth für die Begründung des Erbrechts auf einen angeblich präsumtiven Wunsch des Verstorbenen, wovon schon vorhin die Rede war; denn daß den Verwandten sechsten Grades der Umstand, daß Verwandte des fünften oder der näheren Grade nicht am Leben sind, noch nicht den jetzt gesuchten rationellen Rechtsanspruch an einen Nachlaß gewähren könne, versteht sich von selbst. — Den Gegensatz zu dieser Gradualfolge bildet das Repräsentations-System, wonach ein nicht mehr vorhandenes Mittelglied durch seine nächsten Descendenten oder Ascendenten vertreten werden kann, woraus dann die Vertheilung unter Mehrere nach Stämmen oder Linien, statt nach Köpfen, begriffsmäßig folgt. Wenn aber hierdurch die bei der Succession nach Gradesnähe waltende Annahme als

werthlos beseitigt wird, so fragt sich, welches dann derjenige **selbstständige** Gedanke sey, der die nach ihrem Wegfall durch Andere repräsentirten Personen zur Erbfolge berufen hätte? Dem Schema jenes Systemes nähert sich unter den Gesetzgebungen am meisten die Linealfolge des Oestreichischen Rechts. Dasselbe beruft in Ermangelung von Descendenten des Erblassers die Eltern nebst den Abkömmlingen eines verstorbenen Elterntheils, welche an dessen Stelle nach Maaßgabe des für Descendenten schon Römischen Vertretungsrechts erben; dann die väterlichen und mütterlichen Großeltern, welche unter sich nach Linien theilen, so wie die Abkömmlinge eines verstorbenen Großelterntheils, welche dessen Stelle vertreten u. s. w. Diese Berechnung ist jedoch noch durch die Rücksicht auf Gradesnähe dergestalt modificirt, daß nur Linien desselben Grades neben einander erben, und jede einzelne Linie oder Unterlinie, so wie das einzelne Haupt derselben, nur durch die Abkömmlinge, aber nicht durch ihre Eltern und weiteren Verwandten repräsentirt wird. Abstrahirt man von dieser Inconsequenz, so gelangt man zu dem von **Hoffmann** geschilderten und empfohlenen reinen Repräsentationssystem, [1]) bei welchem die einzelne Linie und Unterlinie nicht bloß durch deren Abkömmlinge, sondern in Ermangelung solcher weiter durch die Voreltern und ihre weiteren Verwandte, also zuvörderst ihre Abkömmlinge vertreten wird, gleichwie der Erblasser **selbst** bei dem Fehlen von Descendenz durch seine Eltern und weiteren Verwandte beerbt werden soll. Dieser Theorie wird die große Einfachheit der Grundlage, welche aber eine reiche Gliederung in sich schließe, nachgerühmt. Zwischen ihr und der obigen Gradualfolge liegt die Lineal-Gradual-Succession des Sachsenspiegels, und alle willkürliche Mischlinge der älteren und neueren Legislationen.

Die positive Grundlage des Calculs bei dem reinen oder einem durch seinen Gegensatz, die Erbfolge nach Gradesnähe,

---

[1]) **Hoffmann** das Wesen der Intestaterbfolge in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 10. S. 353—419.

verstümmelten Repräsentationssystem ist nicht mehr die Accomodirung an vermeintliche Intentionen des Erblassers, oder ein unklares Pietäts-Gefühl, sondern viel materieller der Heimfall des Nachlasses an Diejenigen, von denen man denkt, daß er ursprünglich unmittelbar oder mittelbar herstamme. Die Intestatsuccession tritt hier ein als Ersatz dessen, was ein Verwandter für den Verstorbenen gethan, und als Rückfall dessen, was er ihm gegeben hat. Wenn die eigentliche Bestimmung des Vermögens, von der jetzigen auf die folgenden Generationen überzugehen, durch einen kinderlosen Erblasser nicht erfüllt werden kann, so bewegt es sich rückwärts zu Denjenigen, bei denen es verblieben oder auf die es schon früher gefallen seyn würde, wenn der Verstorbene in die Welt, die er nun verlassen hat, gar nicht getreten wäre, um auf diesem Umwege jener allgemeinsten Bestimmung dienstbar zu werden. Diese Idee kann dann allerdings, wenn sie mit einiger logischen Consequenz verfolgt wird, nur in dem von dem angeführten Schriftsteller entwickelten reinen Repräsentationssystem ihre practische Befriedigung finden.

Nur ein die Successionsordnung betreffender Punkt bleibt hierbei noch unentschieden, weil er seine Lösung nicht auf dem Wege bloßer Abstraction finden kann, nämlich das Verhältniß der nächsten lebenden Ascendenten zu denjenigen Abkömmlingen, die als ihre Vertreter, falls jene nicht mehr vorhanden wären, berufen werden würden, sie für ihren Antheil zu vertreten. Nach der Gradualfolge und der Lineal-Gradualfolge ist der Vorzug der Eltern und Voreltern vor ihren Abkömmlingen entschieden; dagegen entsteht jene Frage bei der Linealfolge und dem System der Erbvertretung. Nach dem Oestreichischem Gesetzbuch geht der Stamm der Ascendenten als der Vermittler den Abkömmlingen desselben als den durch den Stamm verbundenen Mitgliedern vor; ähnlich nach dem Preußischen Landrecht in Beziehung auf das Verhältniß der Geschwister und ihrer Nachkommen zu den Eltern. Wie Hoffmann behauptet, "führt jedoch eine tiefere Einsicht in die Stellung der Abkömmlinge zu ihren Eltern, vermöge

welcher das Vermögen von diesen auf jene sich fortpflanzt, dahin, das Vermögen zuerst an die durch einen Stamm beziehungsweise Stammtheil verbundenen Mitglieder, also an das jüngere Geschlecht, und dann an den Stamm selbst gelangen zu lassen." [1]) Sofern diese Fortpflanzung des Vermögens erst durch Beerbung nach dem Tode eintritt, wird man zu dem entgegengesetzten Resultat gelangen müssen. Sehen wir auf das einfachste Verhältniß dieser Art: die Concurrenz von Eltern und Geschwistern des Erblassers. Wenn die Eltern schon bei Lebzeiten das Vermögen den Kindern abtreten, und sich davon nur ein gewisses Quantum, etwa ein Altentheil, oder eine feste, von der Zahl der Kinder unabhängige Portion vorbehalten haben, so müßten sie durch die Geschwister ausgeschlossen werden, weil diese früher durch die Existenz und das Zusammentreffen dessen, welcher nun zu beerben ist, so viel weniger von dem gemeinschaftlichen Ascendenten erhalten hatten. Steuerten dagegen die Eltern ihre Kinder nur mit einer gewissen den Bedürfnissen entsprechenden Summe aus, indem sie das übrige (größere oder geringere) Vermögen sich selbst zum Besitz und Genuß reservirten, so müssen sie den Geschwistern vorgehen, weil sie das dem Verstorbenen zugetheilt gewesene Quantum ohne dessen Existenz ihm nicht ausgekehrt haben würden. Hat aber eine Abtheilung mit den Kindern nach Quoten des Vermögens Statt gefunden, so müßte der Nachlaß des Verstorbenen unter Eltern und Geschwister nach der nämlichen Proportion repartirt werden. So wenig führt das bloße Rechnen mit abstracten Begriffen auf diesem Felde zu sichern und gesunden Resultaten!

Aber die ganze Basis solcher Systeme zeigt sich bei schärferer Prüfung als willkürlich und hohl. In dem eben angeführten Beispiel wäre eine angemessene Entscheidung von der Modalität abhängig, wie das von den Eltern stammende Vermögen bei ihrem Leben sich unter sie und die Kinder

---

[1]) Hoffmann a. a. O. S. 402; vergl. S. 418.

vertheilt. Allein von besonderen Ausnahmen (Alimentirung der Hülfsbedürftigen, Abtheilung bei zweiter Ehe ꝛc.) abgesehen, ist diese Modalität nicht nur eine sehr verschiedene, sondern sie ist auch völlig dem concreten Belieben anheimgestellt. Wie könnte zu dieser unentbehrlichen und von jeder Gesetzgebung gesicherten Freiheit ein System quadriren, das seine Schlüsse auf eingebildeten Hypothesen in die Luft errichtet? Das Zurückfallen eines Nachlasses an beide Eltern supponirt, daß das Vermögen von jedem von ihnen zur Hälfte herstamme, eben so die Vertheilung unter die höheren Linien der vier Großeltern u. s. w. in ihren Stammhaltern oder deren Nachkommen. Für die Gleichheit der Theile hierbei läßt sich kein tieferer Grund auffinden als die Dürftigkeit einer Abstraction, welcher es an jedem Anknüpfungspunkte fehlt; deshalb ist es jedoch nicht minder gewiß, daß sie mit ihren Illusionen kaum in einem von hundert Fällen das den realen Zuständen Entsprechende zu treffen erwarten darf. Ferner vermag die nebelhafte Idee eines Rückfalles des Vermögens an seine Quelle, oder des Wegfalles einer durch Concurrenz des Erblassers obwaltenden Beschränkung bei der früheren Theilung, einen plausibeln Rechtsgrund nicht zu ersetzen; Niemand ist sich bei Zuwendungen an die leiblichen Kinder des Vorbehaltes oder der Hoffnung bewußt, sich diesen Vermögenstheil wieder anzueignen, falls sie oder ihre Nachkommen kinderlos versterben würden; es ist eine unnatürliche und unsittliche Einbildung, auf welche das Erbrecht der Collateralen gebauet werden soll, daß bei Beerbung der Eltern von mehreren Geschwistern einer den übrigen, oder jedem von ihnen die anderen im Wege gestanden haben, und daß dies Uebel wenigstens durch Beerbung der ohne Descendenz versterbenden so weit möglich ausgeglichen werden müsse; absurd wäre es ohnehin, solche Beschuldigungen den jüngeren Geschwistern gegen die früher geborenen suppeditiren, und sie dafür kraft des Gesetzes schadlos halten zu wollen. — Dazu kommt, daß der Heimfall an Ascendenten und Seitenverwandte meistens nicht als ein unvermeidlicher, sondern nur als Aushülfe in der Verlegenheit,

was sonst das Schicksal des Vermögens seyn könnte, also als ein Nothbehelf aufgefaßt wird, der jeder letztwilligen Verfügung des letzten Besitzers weichen müsse; wie wäre das mit dem Wesen eines in sich wohlfundirten Rechtsanspruches vereinbar? Nur unser Hamburgisches Recht hat bisher diesen Einwand zu vermeiden gewußt, indem es von dem in ganz andern Zuständen wurzelnden und durch längst erloschene Anstalten geschützten Erbgüterrecht den Satz beibehalten hat, daß eine Verfügung über solches Gut auf den Todesfall unstatthaft sey. Allein zum besten Beweise, daß hierauf nicht die Vorstellung von dem Vermögen einer in sich geschlossenen Familie influiren kann, "sieht das Hamburgische Recht bei den Erbgütern nicht, wie man sich das im Leben häufig vorstellt, darauf, daß sie in der Familie, aus welcher sie herstammen, erhalten werden, sondern nur darauf, daß sie den nächsten Erben des Besitzers, wenn diese auch einer anderen Familie angehören, verbleiben."[1]) — Endlich setzt der Rückfall des Vermögens, und was aus diesem Axiome weiter hergeleitet werden soll, einen früheren Anfall desselben voraus, d. h. die ganze Theorie paßt nur auf Nachlaßtheile, die der Erblasser von Denjenigen ererbt hat, zu welchen oder zu deren jetzigen Repräsentanten dieselben zurückkehren sollen; sie läßt uns für das von ihm selbstständig erworbene Vermögen gänzlich im Stich. Mogte ein solches bei den stabileren und einfacheren Verhältnissen früherer Zeiten selten erheblich genug seyn, um eine ganz selbstständige Beachtung zu erfordern, so ist dies doch für die Gegenwart und Zukunft durch Industrie und Handel, durch die raschen und häufigen Fluctuationen der Einzelvermögen wesentlich anders geworden, und was von ererbten Gütern aus keinem anderen Grunde, als weil sie ererbt seyen, Rechtens seyn soll, könnte unmöglich so beiläufig auf Nachlässe bezogen werden, welche großentheils oder ganz erst durch die Thätigkeit und das Glück des bisherigen Besitzers sich in seiner Hand angesammelt haben.

---

[1]) Heise und Cropp Jurist. Abhandl. Bd. 2. S. 566. Note 234.

So windig steht es um die ernstliche Begründung eines Intestaterbrechts von Ascendenten und Seitenverwandten. Prüfen wir nun das etwaige Interesse für den Staat, an deren Stelle ganz oder theilweise sich selbst zu setzen. — Wie weit der Staat überhaupt Subject von Vermögen seyn könne oder seyn müsse, das hängt von den Zwecken ab, die er durch Verwendung jenes Vermögens zu verfolgen unternimmt. Der Umfang seiner Zwecke kann in dieser Beziehung für unsere und die folgende Zeit ein dreifacher seyn. Entweder man faßt ihn nur als eine Schutzanstalt für die Rechte und die Sicherheit der Einzelnen auf; dann brauchen auch seine finanziellen Kräfte nicht weiter zu reichen, als um die Kosten der Regierung zur Erhaltung der Rechtspflege, der Polizei und des Militairs damit bestreiten zu können. Oder man fordert von ihm die directe Ausgleichung der Gegensätze in der jetzigen Vertheilung der Güter unter die Staatsangehörigen, und die Heilung aller damit zusammenhängenden gesellschaftlichen Uebel. Wenn er demgemäß dem Einen zutheilte, was er dem Anderen genommen hat, so kann dies doch nur kraft eines Actes geschehen, der vorerst ihn selbst zum Disponenten alles so erledigten Eigenthums constituirte. Drittens kann die Aufgabe des Staats begriffen werden als das Gesammtwohl, als die Förderung derjenigen menschlichen Lebenszwecke jedes ihm Angehörigen, die nur durch organisirtes Zusammenwirken der Kräfte aller Staatsbürger vollständig erreicht werden können. Ein solcher, der humane Staat, bedarf Vermögen, insoweit die Aufwendung finanzieller Kräfte das nothwendige Mittel für die ihm wesentlichen einzelnen Zwecke bildet.

Nach der ersten dieser Theorieen ist ihr Rechtsstaat nur die Assecuranz-Anstalt für die Sicherheit von Personen und Eigenthum, aber als solche unentbehrlich, weshalb die über Alle gleich vertheilten persönlichen Leistungen und finanziellen Opfer, als unvermeidliche Bedingung seiner wirksamen Existenz, selbst von den Gegenständen seines Schutzes dargebracht werden müssen. Wenn dieser Staat den Nachlaß Verstorbener

einigermaßen höher besteuert als das Einkommen und Vermögen Lebender, so wird man ihm dies wegen der Betrachtung zu gut halten, daß eine derartige Steuer kein allzu großes Mißvergnügen erregen könne, da dem Zahlenden jedenfalls genug übrig bleibt, um das zu bringende Opfer zu verschmerzen. Aber der Staat muß darauf gefaßt seyn, daß man zugleich die "Raubgier des Fiscus" anklagt, der sich herbeidränge, um für sich selbst einen Theil dessen zu empfangen, was man jedenfalls lieber als ihm einer Sippschaft oder Horde zugewiesen sieht, weil sich mit dem Gesammtbesitz vor Jahrtausenden ein haltbarer Sinn verbinden ließ.[1])

Wenn man, um dem Staate das Recht oder die Pflicht einer directen Milderung der schroffen Ungleichheit des Privatbesitzes beizumessen, die Aufhebung des Eigenthums überhaupt für nothwendig erklärt, so ist davon das, unter Anderen von St. Simon aufgestellte Postulat "plus d'héredité" eine Selbstfolge. Indeß ist auch von solchen Stimmen, die sich entschieden genug gegen jede Antastung des Eigenthumsrechts verwahren, der Vorschlag ausgegangen, den Nachlaß Verstorbener ganz oder theilweise etwa zur Bildung eines allgemeinen Erbfonds für Unbemittelte zu bestimmen, der den Letzteren kein Almosen, sondern ein gesetzliches Erbrecht gewähren sollte.[2]) Ohne hierauf weiter einzugehen, rügen wir nur die seltsame Aengstlichkeit, mit welcher auswärts bei legislativen Berathungen die unbefangene Kritik der herkömmlichen Erbsatzungen und die Beliebung einer Erbschaftssteuer als zum "Communismus" führend abgewiesen wurde. Mit Befriedigung darf man darauf verweisen, daß unsere Hamburgische Gesetzgebung durch solche Gespensterfurcht sich weder von Einführung einer progressiven Erwerb- und Vermögens-

---

[1]) So Rotteck im Staatslexicon Art. Erbschaftssteuer.

[2]) Einen detaillirten Plan dieser Art liefert z. B. "Th. Hilgard zwölf Paragraphen über Pauperismus und die Mittel, ihm zu steuern." (1847.)

steuer, noch von Ausdehnung einer Erbschaftsabgabe vorläufig bis zu zehn Procent hat abhalten lassen.

Ein Staat, der sich das Gesammtwohl seiner Bürger zum Ziele setzt, würde sich selbst widersprechen, wenn er nicht jedes wirklich vernunftgemäße Recht des Einzelnen vor Allem heilig halten, und die individuelle Freiheit nicht so weit beschützen wollte, als dieselbe unbeschadet des Wohles aller Uebrigen bestehen kann. Allein ein begründeter Anspruch auf die Intestaterbschaft anderer Personen als der Eltern und Voreltern, ist nach dem Obigen nicht aufzuweisen; der Staat verletzt durch Aufhebung der Erbfolge von Ascendenten und Seitenverwandten kein wirkliches Recht. Schutz verdient unstreitig die das Eigenthumsrecht erweiternde Freiheit der Testamente und Vermächtnisse, jedoch ist ein ganz unbeschränktes Verfügungsrecht der Einzelnen über ihr Privatvermögen auf den Todesfall nirgend und zu keiner Zeit anerkannt gewesen. Abgesehen von den zum Theil übertriebenen Requisiten hinsichtlich der Testaments-Form, [1] liefern die Bestimmungen über das Pflichttheilsrecht der Kinder, über Veräußerungen an die todte Hand, über Aufhebung von Fideicommissen u. s. w. den Beleg dafür, daß das Wohl der Gesammtheit höher stehen soll als der Wunsch des Einzelnen mit seiner schrankenlosen Willkür in Betreff des Sachvermögens über das natürliche Ziel aller Dinge hinauszureichen. Unser nothwendiges Legat zu Wegen und Stegen, unser Testamentsstempel und die Vermächtnißsteuer sind bisher die schüchternen Zeugen der Wahrheit, daß ein aliquoter Theil

---

[1]) Für Hamburg hat die gesetzmäßige Entbehrlichkeit der Erbeseinsetzung zu der durch Präjudicate anerkannten Bequemlichkeit geführt, daß das mit allen Solennitäten vollzogene Testament nichts weiter als das Legat zu Wegen und Stegen und die Bestätigung formloser ihm künftig beizulegender Codicille zu enthalten braucht. Alle wirklichen Verfügungen über den Nachlaß können dann zu beliebigen Zeiten auf eigenhändigen oder hinsichtlich der Unterschrift beglaubigten Zetteln jenem Documente später beigefügt werden. So dürre Zweige trägt der Baum unserer Erbweisheit.

von dem Nachlaß eines kinderlosen Testirers den rechtmäßigen Preis bilde, um welchen ihm der Staat im Uebrigen die Zuversicht gewährt, daß sein Wille nach dem Tode geehrt und ausgeführt werde. Dabei bleibt auch der durch diese Erwartung genährte heilsame Antrieb zu erwerbender Thätigkeit mindestens in ungeschwächter Kraft; wer einem Freunde aus Zuneigung oder Dankbarkeit Tausend zu vermachen sich vornimmt, wird nicht weniger arbeiten, wenn er weiß, daß er, um diesen Zweck zu erreichen, Zweitausend hinterlassen müsse.

Wenn der Fortschritt der Gesetzgebung in diesem Zweige ein zögernder seyn soll, so möge man damit beginnen, das Intestaterbrecht auf die nächsten Verwandtschaftsgrade einzuschränken. Schon der Römische Prätor statuirte ein Erbrecht nur bis zum siebenten Grade, nach den älteren deutschen Rechtsquellen endigt es mit der siebenten Generation jeder der sieben ersten Parentelen, [1]) nach dem Französischen Recht mit dem zwölften Grade, nach dem Oestreichischen Gesetzbuch mit der sechsten Linie; schon Hugo empfahl diese Gränze enger zu ziehen. [2]) Allerdings sind halbe Maaßregeln hierbei besser als gar keine; zu wünschen wäre jedoch, daß man vorerst nur den Eltern, den lebenden Voreltern, den Geschwistern und ihren Descendenten ein Recht ließe, welches in noch weiterer Ausdehnung durch die Zersplitterung unter zahlreiche Concurrenten oft werthlos wird, dessen Ausübung durch schwierige und unsichere Nachweisungen bedingt ist, und die fruchtbarste Quelle von Streitigkeiten bietet, [3]) die ein humanes Band zerstören würden, wenn dasselbe in solcher Entfernung überhaupt noch durch die Thatsache der Verwandtschaft ge-

---

[1]) Vergl. Sydow Erbrecht des Sachsenspiegels § 29.

[2]) Hugo Naturrecht § 300.

[3]) Ueber eine sehr beträchtliche Verlassenschaft stritten sich vor dem Niedergericht die Verwandtschafts-Prätendenten des fünften bis achten Grades vom Jahre 1838—1847 in nicht weniger als 821 Actenstücken.

knüpft werden könnte. Soll hierdurch zugleich dem Staate eine erhebliche Einnahme gesichert werden, so muß gleichzeitig eine Erhöhung der Abgabe von letzten Willen eintreten, welche, sofern die Vermächtnißnehmer nicht für den gleichen Belauf schon gesetzliche Erben sind, unter Freilassung der kleinsten Nachlässe bis zu einer mäßigen Summe, jenseits derselben unbedenklich zu einer beträchtlichen Quote gesteigert werden kann.

Wann wird der Staat sich zu derartigen Maaßregeln entschließen? Wir antworten: dann, wenn die öffentliche Stimme dahin durchdringt, von ihm jede denkbare Erleichterung von Handel und Gewerbe, die nachdrückliche Förderung von Anstalten für Wissenschaft und Kunst, die Verbreitung allgemeiner Bildung und die Entfernung aller den Volkswohlstand hemmenden Schranken [1]) zu verlangen, und wenn es sich für dies Alles nur noch um die Herbeischaffung der materiellen Mittel handelt; wenn er, anstatt die Steuerkraft der Lebenden zu erschöpfen, auf die Eröffnung von Quellen Bedacht nimmt, durch welche auf dem schonendsten Wege ein Theil des Vermögens der Einzelnen, nachdem es ungehindert von den Erwerbern und ihren Nachkommen genossen war, den Zwecken der folgenden Generationen dienstbar wird; wenn er endlich unpartheiisch genug ist, um sich durch die Uebertreibungen und Fehler neuer Systeme nicht von Aneignung des in ihren Irrthümern enthaltenen richtigen und zeitgemäßen Elementes hindern zu lassen. [2]) Er wird dadurch zugleich die Forderungen wahrer Sittlichkeit anerkennen, denn mit dieser ist nur eine beschränkte Freiheit letztwilliger Verfügungen, und die Fortsetzung des Besitzes durch die überlebende Nachkommenschaft vereinbar, nicht aber die gesetzliche Begünstigung

---

[1]) Die letzte Erhöhung unserer Erbschaftssteuer wurde beliebt, um den durch Herabsetzung des Schiffszolls entstehenden Ausfall in der Staatseinnahme zu decken.

[2]) Eine durchgreifende Reform in unserem Sinn empfiehlt auch Mill Grundsätze der politischen Oeconomie, übersetzt von Soetbeer, Buch 2. Kap. 2.

und Sanction blinder Glückszufälle, nicht das offizielle Gezänk "lachender Erben" über Güter, die ihnen weder durch eigene Thätigkeit noch durch fremde Fürsorge zu Theil werden, sondern nur durch ein, allen höheren Interessen widerstreitendes, gedankenloses Herkommen.

Langhoff'sche Buchdruckerei.

In demselben Verlage erschien früher:

Baumeister, Dr. H. Ueber die Entscheidungsdeputation zwischen Rath und Bürgerschaft. Gr. 8. Geh. 1846. 9 Ngr.

Benecke, W. System des See-Assecuranz- und Bodmerei-Wesens. Vollständig und zeitgemäß umgearbeitet von V. Nolte. Gr. 8. 1850. 2 Bde. Geh. 12 ₰.

Boor, Dr. C. de. Ueber das Attische Intestat-Erbrecht und einige andere Gegenstände des Attischen Rechtes und Prozesses, zunächst als Prolegomena zu der Rede des Demosthenes gegen den Makartatos. Gr. 8. 1838. Geh. 20 Ngr.

Francke, Dr. A. W. S. Der gemeine Deutsche und Schleswig-Holsteinische Civilproceß dargestellt. 2 Bde. Gr. 8. 1839—43. 5 ₰.

Gerichts-Ordnung und Statuta der Stadt Hamburg. Herausgegeben auf Veranlassung des Vereins für Hamburg. Geschichte. 4. 1842. Auf Druckpapier 4⅔ ₰, auf Schreibpapier 7 ₰.

Graba, C. J. Theorie und Praxis des gemeinen Deutschen Criminalrechts im neunzehnten Jahrhundert, in merkwürdigen Strafrechtsfällen dargestellt und bearbeitet. Gr. 8. 1838. Geh. 7½ Ngr.

Gries, Dr. J. K. Commentar zum Hamburgischen Stadtrecht von 1603. Aus dessen handschriftlichem Nachlasse herausgegeben von Dr. N. A. Westphalen. 2 Thle. Gr. 8. 1837. 3 ₰.

— — Die Hamburgischen Stadt-Erbe- und Rente-Bücher, ihrer rechtlichen Bedeutsamkeit nach betrachtet. Aus dessen nachgelassenen Papieren herausgegeben von Dr. N. A. Westphalen. Gr. 8. 1830. 5 Ngr.

Höpfner, J. Ueber den Anklageproceß und das Geschwornengericht. Gr. 8. 1844. Geh. 1 ₰ 15 Ngr.

Hübbe, Dr. W. Das Hammerbroeker Recht, aus den Findungen des Landgerichts zusammengestellt und erläutert. Gr. 8. 1843. Geh. 1 ℛ.

Mill, J. S. Grundsätze der politischen Oekonomie, nebst einigen Anwendungen auf die Gesellschaftswissenschaft. Aus dem Englischen übersetzt und mit Zusätzen versehen von Adolph Soetbeer, Dr. Bd. 1. Gr. 8. 1852. Geh. 2 ℛ 24 Ngr.

Nothwendigkeit, über die, einer Justizreform im Allgemeinen und besonders über die Nothwendigkeit einer neuen Organisation der Hamburgischen Gerichte. 8. 1814. Geh. 15 Ngr.

Schiffahrts-Gesetze, so wie Handels- und Schiffahrts-Verträge verschiedener Staaten im Jahre 1847. Eine übersichtliche Zusammenstellung von Ad. Soetbeer, Dr. Nebst einem Anhange, enthaltend den deutschen Text der Handels- und Schiffahrts-Verträge der drei Hansestädte, so wie Hannovers, Oldenburgs, Mecklenburg-Schwerins. 4. 1848. In Callico gebunden. 2 ℛ 12 Ngr.

Schirach (Conferenzrath und Oberappellationsgerichtsrath), W. v. Beiträge zur Anwendung des Rechts mit vorzüglicher Rücksicht auf die Rechtspflege in den Herzogthümern Holstein und Lauenburg. 8. 1822. 1 ℛ 5 Ngr.

Urkundenbuch, Hamburgisches. Herausgegeben vom Archivar Dr. Lappenberg. 1. Bd. Mit einer Karte und drei lithograph. Tafeln. Gr. 4. 1842. Cart. 17 ℛ.

Westphalen, Dr. N. A. Geschichte der Hauptgrundgesetze der Hamburgischen Verfassung. 3 Bde. Gr. 8. Geh. 1844. 5 ℛ 10 Ngr.

— — Hamburgs Verfassung und Verwaltung in ihrer allmähligen Entwickelung bis auf die neueste Zeit dargestellt. 2 Bde. Gr. 8. 1846. 4 ℛ 15 Ngr.

— — Versuch einer geordneten Zusammenstellung kurzer Nachweisungen über sämmtliche Hamburgische Staatsverwaltungs-Behörden. Gr. 8. 1828. Geh. 1 ℛ 20 Ngr.

Gedruckt in der Langhoff'schen Buchdruckerei.

Baumeister, Hermann

Blicke auf einzelne Gegenstände des Hamburgischen Rechts

Hamburg 1852